美国法律文库

THE AMERICAN LAW LIBRARY

欧内斯特·范·登·哈格
Ernest van den Haag
约翰·P·康拉德
John P. Conrad
著

死刑论辩

The Death Penalty: A Debate

方 鹏 吕亚萍 译

THE AMERICAN LAW LIBRARY

中国政法大学出版社

欧内斯特·范·登·哈格
Ernest van den Haag
约翰·P·康拉德 著
John P.Conrad

死刑论辩

The Death Penalty:A Debate

美国法律文库

THE AMERICAN LAW LIBRARY

“美国法律文库”是“中美元首法治计划”(Presidential Rule of law Initiative)项目之一，该项目计划翻译百余种图书，全面介绍美国高水平的法学著作，是迄今中国最大的法律图书引进项目。“美国法律文库”著作将陆续推出，以飨读者。


ISBN 7-5620-2937-7
9 787562 029373 >

项目编辑 张 越 彭 江
文稿编辑 周振杰
封面设计 沈 飙

ISBN 7-5620-2937-7/D·2897
定价：28.00元

死刑论辩

The Death Penalty: A Debate

图书在版编目(CIP)数据

死刑论辩/(美)康拉德等著;方鹏等译.—北京:中国政法大学出版社
2006.7
(美国法律文库)
ISBN 7-5620-2937-7

Ⅰ.死...　Ⅱ.①康...②方...　Ⅲ.死刑-研究-美国　Ⅳ.D971.21

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 080444 号

书　　名　死刑论辩
出 版 人　李传敢
经　　销　全国各地新华书店
出版发行　中国政法大学出版社
承　　印　固安华明印刷厂
开　　本　880×1230　1/32
印　　张　11.375
字　　数　310 千字
版　　本　2005 年 11 月第 1 版　　　2005 年 11 月第 1 次印刷
书　　号　ISBN 7-5620-2937-7/D·2897
印　　数　0 001-5 000
定　　价　28.00 元
社　　址　北京市海淀区西土城路 25 号
电　　话　(010)58908325(发行部)　58908335(储运部)
　　　　　58908285(总编室)　58908334(邮购部)
通信地址　北京 100088 信箱 8034 分箱　邮政编码　100088
电子信箱　zf5620@263.net
网　　址　http://www.cuplpress.com(网络实名:中国政法大学出版社)

本社法律顾问　北京地平线律师事务所



出 版 说 明

“美国法律文库”系根据中华人民共和国主席江泽民在1997年10月访美期间与美国总统克林顿达成的“中美元首法治计划”(Presidential Rule of Law Initiative),由美国新闻署策划主办、中国政法大学出版社翻译出版的一大型法律图书翻译项目。“文库”所选书目均以能够体现美国法律教育的基本模式以及法学理论研究的最高水平为标准,计划书目约上百种,既包括经典法学教科书,也包括经典法学专著。他山之石,可以攻玉,相信“文库”的出版不仅有助于促进中美文化交流,亦将为建立和完善中国的法治体系提供重要的理论借鉴。

美国法律文库编委会

2001年3月

本 书 简 介

对于死刑这样一个极富争议的话题，从未在一本书上进行过如此有力度的针尖对麦芒的论辩。在此，著名的保守派欧内斯特·范·登·哈格与受人敬重的自由主义者约翰·P· 康拉德，以两人的智识，语词的机锋和论证的力度，以及用亚瑟·金堡的话来说，“以学识，斯文的表达，以及学术的激情”，对死刑所固有的全部问题进行了一场论辩。

两位论辩者素以其严谨的学识以及截然不同却同样有说服力的文风而声名遐迩。欧内斯特·范·登·哈格是 *The Jewish Mystique* 和 *Punishing Criminals* 等著作的作者。约翰·P·康拉德的著作包括 *Justice and Consequences* 和 *In Fear of Each Other*. 他们的论辩将引起读者对于赞成或反对死刑的激烈的全新的看法。

除了本书话题的契合时机以外，见证两个伟大的头脑之间极具创造力的交锋所带给人的真正的启迪，则是本书价值之所在。



他　序

在1965年至1980年间，美国事实上已经暂缓对犯有最严重罪行（capital offenses）的罪犯执行死刑。这主要是由于宪法对死刑提出了异议而造成的法律程序的拖沓。

v

在经过诸多反复和动荡之后，美国联邦最高法院以保留分歧意见的方式作出最终裁断："死刑并不总是违背宪法第8修正案中的禁止酷刑条款。"

但是，最高法院的裁决并没有消除有关死刑的争议，或使本书变得无关紧要。

如今烫手山芋又回到了立法机构和执行机构手中。联邦的立法机构或者州立法机构，可以在联邦最高法院设定的指导方针之下规定或废除死刑。总统或州长也可以给死刑犯减刑。甚至联邦最高法院，在暂缓执行死刑期间，由于考虑到死刑本身存在的不同方面的问题而对死刑的态度也时有反复，这种情况已经发生过多次。

同样，人们的态度也是变化不定的。据可靠的民意调查，一段时间以前，大多数人都赞同废除死刑。而到今天，压倒性的多数又支持死刑的适用。就像过去曾经发生的情况一样，钟摆可能再度摇摆不定。

更重要的在于，死刑不仅关乎法律问题，还涉及道德问题。在我看来，法律可以暂时对死刑问题作出结论，但是终极决定仍须依赖道德上的而非纯粹法律上的考量。法律和道德通常互为助力，但是两者之间并不永远如此，也非一成不变。

现今大约有1 000名被判死刑的罪犯在等待执行，且数量仍在

持续增加。

尽管联邦最高法院对死刑开了绿灯，但是仍然只有少数人被执行死刑。无论如何，死刑是终极的和最终的制裁。它是人性关怀的指针，所有相关政府部门对死刑的立场问题都会退避三舍。

在当前的情形之下，本书以正反两方面辩论的形式对死刑进行论述是适时的。这是最有趣味的也可以最全面的提供各种信息的举动，因为它将涉及该重大论题的所有角度。

vi 据我所知，尚未有其他著作或论文以如此包罗万象、如此博学的视角阐述该论题。

在我任职于联邦最高法院期间，我阅读了大量由著名律师写就的有关死刑的辩护词。但是诸多的辩护词并不能给这本由两位不是律师的学者撰写的著作提供助益。甚至在论述有关死刑的宪法问题时，本书论辩中的反方也是通过犀利的分析提出他的观点的，而这种风格往往是律师的著述和争论所欠缺的。

我本人是反对死刑的，我坚信加缪（Camus）的观点，我们应当迈出废除死刑的“文明化的伟大步伐”。

但是，尽管我不会改变自己的看法，但我仍从论辩的两位参加者范·登·哈格（van den Haag）教授和康拉德（Conrad）教授身上学到了很多东西。

对于所有关注死刑的人而言，无论是支持者还是反对者，本书都是必读之书。

我推荐这场论辩，因为它是对于一个具有超验重要性的论题的进行对话的卓越范例——该对话由学识、斯文和激情所主导，这保证了该争鸣问题的充分论述。

亚瑟·J·金堡
（Arthur J. Goldberg）

自 序

这是一场关于死刑的争论。在可预见的将来，死刑问题仍不可 vii 能淡出公众的注意范围。大多数美国人都已经坚定了自己的观点，或支持或反对。我们和我们的辩论对手也是这样，都已经坚定了毫不动摇的立场。或许我们中的某人或另一人会将那些尚未确定立场的读者吸引到自己一边。或者我们甚至还可能动摇一小部分自认为已经确定了立场的人们的信念。然而，我们的目的，是希望影响那些善于思考并关注刑事司法现状——刑事司法的效力、刑事司法的人道性，以及刑事司法的公正的公民。我们希望能够帮助读者至少对刑事司法诸多问题中的其中之一形成更为清晰的思考。

为了理解我们在这场论辩中希望达成的目标，读者需要了解其缘起。1980 年，在纽约的一场研讨会中，康拉德（死刑废除论者）结识了琳达·里根（Linda Regan），后者就是这本书的编辑。在论及刑事司法的公共利益问题时，里根问到关于就死刑问题出一本书的可行性。康拉德回答说，所有关于死刑的可以讨论的东西都已经反复再三地被人说到过了。已经不大可能再发现什么新的论据来证明有必要再出一本新书了。

在飞回加州的途中，康拉德回想起这次谈话，他注意到虽然对死刑采取一种立场进行论证的专著或者论文都已经过剩了，但是两种互有联系的对立观点却从未在一本书中同时展现过。关于死刑的论述已陷入如此夸大其辞、误解重重以及感情用事的程度，以至于根本无法对此问题进行理性的思考，而论辩将对这些论述加以澄清。于是他向里根建议，让他自己和范·登·哈格之间进行一场论

辩将有很大价值，总体上会为刑罚问题，特别是为死刑问题增添思考的活力。范·登·哈格坚定的认为在刑事司法大厦中应当保留死刑，由此而在刑事司法界享有盛名。相反，康拉德则坚定地认为死刑无法实现那些通过长期监禁同样也无法实现的有效目标。我们两人准备充满热情并详细地——我们想在这本书中已经表现地很明显了——从这两种立场出发进行辩论。viii

在询问过范·登·哈格之后，里根发现他也有此意愿。俩人初步约定在旧金山举行一次会晤，因为 1980 年秋天我们俩恰好都要去那里。我们都认为在此论辩中不适合采用严格的学院式讨论。没有应当赞成或否定死刑的定式结论；也不应简化美国关于死刑所涉及的纷繁问题。我们没有运用人们在开展辩论时所熟悉的单一话题结构，而是试图对所有意义重大的论题进行讨论，从我们各自所持的不同立场出发论证这些论题的意义。

从那时开始，我们就一直忙于交换各自的观点综述、进行反驳以及回应反驳。论辩进程曾因有其他相冲突的任务，无暇兼顾辩论而数度中断，有时候中断持续了很长一段期间，但是我们谁都没有对我们之间的辩论失去热情。尽管我们都不确信能够说服对方，但我们都希望自己的观点能够影响读者的想法。不论我们的读者的信念如何，我们都希望至少我们能够进一步深化自己对死刑问题的思考。

我们确定的规则很简单。我们先各自写下基本的几章，来概述我们所持立场包含的各种要点。然后对对方写的几章内容作出回应，回应导致了辩驳以及更多的回应。所有这些会一直持续到双方都畅所欲言说完要说的为止，然后问题将会留给读者。我们的目的是向读者呈现合乎逻辑的并受经验支持的观点，从而使得理性的读者能够在自己头脑中得出合理的结论。

我们庄严地立约，坚决杜绝从个人偏好出发的论辩策略。并且自论辩最初，我们就已约定这场论辩将在文明并尊重双方的诚恳的情况下进行。我们曾经有过尖锐的争执，但是基本的论辩气氛是平和的。我们在分开的时候已经成为了朋友，而或许我们会在将来某一天在其他问题上继续我们之间的争论。

我们需要提醒读者注意的是，尽管我们小心翼翼地以脚注指明材料来源，但是我们两人都未曾刻意提供详尽的参考书目。其他一些作者——比如，雨果·亚当·贝铎就包括在这个“其他”中[1]（Hugo Adam Bedau，among others）——已经提供过这类参考书目了。想要知道其他人持何种观点、有哪些著作须得看看其他的书了。我们只在需要用相关著作来支持我们想指出的观点的时候，才引证参考资料。我们俩谁都没有假装我们阅读了与该主题相关的所有鸿篇巨著。我们是作为以学识的武器武装自己的角斗士，而不是作为百科全书编纂者或者图书目录的整理者，来直面彼此。假如我们成功激励了读者，使他们在事实和观点上看得更远，我们就已经达到我们的一个小小目标了。然而，我们的主要目的则是，进一步促进这一以往充斥着过多的错误、感情用事、夸大其辞，以及各种形式的愚昧和偏见（从各执一词的双方的情况来看都如此）的论题，在明辨是非的情况下进行对话。

欧内斯特·范·登·哈格
（Ernest van den Haag）
约翰·P·康拉德
（John P. Conrad）

---

〔1〕 Hugo Adam Bedau, *The Death Penalty in America*, 3rd ed., New York and Oxford: Oxford University Press, 1982, pp. 383 – 406.

致　谢

xi

许多朋友在得知我正参与写作一本论及一个让人身心不那么愉快的论题的书的时候，都向我表达出同情，并对我需要比平时更多的独处时间表示理解。而且他们还保证一俟这本书在书店和图书馆上架，他们就第一时间拜读。有些朋友还应我的请求，阅读了我对于我的勇敢的辩论对手的保留条款，并提了一些建议以增强辩论的火力。这些人包括：美国民权联盟的亨利·施韦柴尔德（Henry Schwarzchild），布兰代斯大学的埃贡·比特纳（Egon Bittner），萨姆·休斯顿州立大学的弗兰克·费尔（Frank Fair），以及加州大学戴维斯分校的弗洛依德·菲尼（Floyd Feeney）。我要特别感谢布赖恩·福斯特（Brian Forst）和汉斯·蔡塞尔（Hans Zeisel），因为他们讨论了艾萨克·埃里克（Isaac Ehrlich）统计数据结论所认为的一次死刑执行挽救了7名或者8名无辜者的生命所存在的错误。莎拉·戴克（Sarah Dike）在1982年夏天之前一直是《犯罪与青少年犯罪》（*Crime and Delinquency*）一书的编辑，她为我准备了许多通过正常的图书馆途径无法轻易得到的资料。我的萨姆·休斯顿州立大学刑事司法中心的同事们认真倾听了我作为一次讨论会发言的“报应主义者反对死刑的言说”（The Retributivist's Case against Capital Punishment）一章，给了一些有益的建议。虽然我从以上这些以及其他的讨论中得益甚多，但是所有润饰和学识上的错误和不足都应归于我本人。

有琳达·里根（Linda Regan）这样的优雅且坚持不懈的编辑，

我们不可能再要求更好的了，正是她的建议使得这本书得以诞生。她的批评温和又率直，她指出我的论述之中的缺陷，因此，相关论述经改善之后，更有说服力。她很耐心，对我一再的迟延保持了理解，又对写好的章节准时到达其案头表示了恰如其分的欣然。她的鼓励是该书的完成所不可或缺的因素。我仅代表我个人对于一版、二版、三版草稿和某些显然已经完成的部分的修订工作的所产生的所有的录入工作表示感谢，同时我须对所有由录入产生的错误负责，我希望在该书到达公众手中之前补正这些错误。最后，我要感谢我的妻子夏洛特·康拉德（Charlotte Conrad），她忍受了我对她的良好幽默感的无休止的考验。

约翰·P·康拉德
（John P. Conrad）

xii

在我写作本书中我的那部分内容时，没有人对我提供过帮助。然而我很高兴在此得以感谢来报偿我的母亲，她生育并容忍了我。我也感谢我的助理洛伊斯·A·艾洛（Lois A. Aiello），为她在调查研究和打字工作上的勤勉的帮助，以及对我的容忍表示感谢。

欧内斯特·范·登·哈格
（Ernest van den Haag）

目录



▼
▼
▼

康拉德的导论

在停止杀人之前

约翰·P·康拉德: 1

当我于1947年开始在圣昆廷(San Quentin)工作的时候,我受聘在监狱的医院中担任精神病治疗方面的社会工作者。精神病医师主任,也就是我的直接上级,会分派大量的任务给我,而他极其重视的一项工作则是准备那些将被关进死囚区(Condemned Row)的罪犯的精神病社会史资料。那些人几乎一抵达监狱就要被监测——“因为他们仍然是不稳定的”,主任这样解释道。对此他的意思是,他们会对我的询问作出反应,且不受其他罪犯、他们的律师(主任对律师的评价较低),或者他们的家庭的影响。一旦新近抵达的罪犯接受过体检以后,我就要马上赶到死囚区去,着手我的会见工作。

会见的目的是获得和囚犯家庭有关的完整信息,其精神与情感历史,以及我能够得到的该囚犯所实施犯罪活动的一些信息。我还要负责跟囚犯的家庭、他以前的老板,以及任何有可能向我们提供重大信息的人通信联系。在我完成与这名囚犯有关的所有信息获取工作以后,就由临床心理学家来接手,对囚犯进行通常的一系列测试:用韦克斯勒—贝尔维测试法(Wechsler - Bellevue)来测试智商,用本德—格斯塔特测试法(Bender - Gestalt)来识别囚犯是否有脑部损伤或者其他神经学上的紊乱的迹象,用罗夏测试法(Rorschach)和主题领悟测试法(Thematic Ap-

perception)来探测其情感深度。根据心理学家和我两人发现的具体情况,还可能会有进一步的体检。("这是什么意思?"我曾听到一位顾问当着即将接受体检的人的面问。"这家伙的健康很快就不是问题了。")最后,当其他一切准备工作都做好以后,最终的测试就来了。会有三名精神病医师组成一个小组一起到监区,对囚犯进行检测,然后以麦克诺丹规则(McNaughtan rule)为标准对该囚犯在法律上是否心智健全作出结论。当我在医院工作期间,尽管有几个人很接近于精神病患者,但是在麦克诺丹规则的严格要求下,这些人都没有足够到脱离现实以至于达到法律上的精神病的界限。只出现过一名囚犯,在其预定执行死刑的日期之前,精神状况显示他显然是精神病患者,从而才被转移到国家精神病犯罪人医院。他再也没有充分康复,因此也就没有再回到圣昆廷执行死刑。

所有这些事无巨细的详细检查,都是为了帮助州长考虑是否给予犯罪人行政恩赦。我往往这样解释我自己的任务,基于州长的需要,让他尽可能多地了解他决定采取缓刑或者替刑的那名犯人。然而,犯人有权拒绝我们建议的给予他们的宽宥措施,许多犯人选择不接受我们的会见。其中有个犯人叫卡里尔·切斯曼(Caryl Chessman),这人后来作为一名作家和足智多谋的讼师并因一个著名的讼案而享有了国际声望。他对精神病医师主任态度轻蔑,在前一次监禁中他曾经在主任工作过的一个监狱里待过,主任的职业成就没有打动他。他非常不耐烦地拒绝了我会见他的建议,指出他以前的档案已经包含了州长可能用得着的所有有关他的精神状况的信息。

绝大多数犯人都很乐意接受会见。他们的态度通常显示出他们想要抓住任何可能带来希望的救命稻草。尽管其中一些人对于讨论自己的犯罪活动上颇为踌躇,但是绝大多数人都没有听从辩护律师告知的对当前的法律处境保持沉默的建议。我无须在他们的控罪问题上对他们施加压力;只要这些犯人一抵达监狱,关于他们的一整套信息就随之而来,里面有关于犯罪活动的完整陈述,包括了撰写初审报告的缓刑监督官所知道的所有版本。

我对犯人的会见一直是在监区里进行的。其实为了精神病治疗人员的方便,带一个人坐电梯从北区(North Block)警戒带下到院子里,然后穿过院子到医院里来是没有问题的。死囚区在北区的上层,只能乘电梯到达。我和我的会见对象见面通常是在惩戒听审室,那是一间肮脏的、未打扫过的房间,它隔壁就是监狱的禁闭室以及死囚区。家具古旧,是未经修理的二手货,然而这会让犯人深刻认识到自己的无关紧要。有时候听审室会被惩戒委员会的活动占用,所以我就不得不和我的会见对象在一间空牢房里谈话。有一次,所有的牢房都满员了,会见只好在一间废弃的淋浴浴室里进行。掌管死囚区的警官并没有把我和犯人之间的谈话看做需要优先照顾的活动。有些行为矫正官说这纯粹是浪费时间,他们说有些犯人不会介意把我和他们关在一起的。

3

我会见的第一名犯人是一个名叫罗德里格斯(Rodriguez)的墨西哥裔美国年轻人。他被判定在圣华金(San Joaquin)峡谷的一个小镇强奸并杀害一名年轻妇女。他是前一天解送到这里的,他情绪激动、神经紧张,他急于让我相信对他的指控是错误的,因为对他的定罪是基于其前女友提供的证据,而她在他们分手后非常恼怒。

"那个臭婊子,……那个臭婊子……"他因为狂怒说话时断时续。

这个时候附近一个囚室有人大声说:

"……下星期五你就要被关进毒气室,你会在那里死掉!"

罗德里格斯就此嘴巴紧闭,他没有说完他对那个他随意抛弃的报复心重的年轻女子的谴责。他的星期五在漫长时日后的将来,但是最终它还是来了——在这个即将来临的星期五的确会有一例死刑执行。

在我将罗德里格斯送回囚室之后,掌管死囚区的警官对这次打扰的解释如下:

"那是麦克莫尼根(McMonigle)说的话。他恐吓这些可怜的杂种,我咒他下地狱。几乎所有犯人都想找个机会揍他,但是,当然了,我是不能允许的。但是有时候我希望我能假装一无所知。"

我会见的对象中有两人自始至终坚持认为他们想要尽可能快地结束这一切;他们告诉我如果他们可以做到的话,他们希望放弃法律所要

求的所有死刑案件都必须向联邦最高法院提起的自动上诉。其中一个是一位正值中年的印第安人,他杀了他的妻子——他无法告诉我原因。他说他不值得再活下去了,又何必要延迟对他的执行。

另一人是个年轻人,尚不满 20 岁,他用一把斧头砍死了他的女房东,显然是因为一时冲动。他先前曾经被监禁在加州青少年管教所(California Youth Authority),然后他被判决不能适用无期徒刑。他希望我理解他,他不希望对他的判决进行任何替刑措施。一旦毒气室之门为他打开,他所想要去的地方就是毒气室。

这两个人是特例。我的其他住在死囚区的客户都急于避免他们所被判处的死刑,且不惜任何代价。卡里尔·切斯曼的例子激发了许多犯人去效法,但是尽管如此,他们中没有一个人将待在死囚区的时间延长到了切斯曼所创造的长度。但是若干驯服的犯人拿到了州长的替刑决定,然后从楼上下来转移到圣昆廷的院子里,成为了那里的无期徒刑犯精英兄弟会的成员。

4

我会见过的绝大多数人最后都进了毒气室,通常是在对联邦最高法院的审查以及他们的律师所能安排的其他任何法律对策的漫长等待之后。当大限到来的时候,他们往往走得很安静,保持着自尊的外表。我们应当对此表示感激。尖刻的非人性的程序安排了最后的两天,让一位与世界保持和平最终接受其命运的犯人走进天国。他的犯人身份要求他与受分派执行他死刑的职业管教人员队伍合作。

我只亲眼目睹过一次死刑执行。那是我在圣昆廷开始从事职业三年之后,我从精神病学部调到了接待指导中心,那时我接受一位年长的精神病学家的领导,他是一位对于厌世心理素有建树的临床医师。有一天他注意到我已经会见过大量的死囚犯——从他们进入死囚区那天开始,他发表意见说,我应该完成整个过程,去见证一下"心理治疗的最终结果"。我确信他这个贤明的现实主义者,脑子里除了想吓吓我这个他认为是年轻的天真的理想主义者以外,没有别的想法。不过,我还是向典狱长办公室提出申请,请求得到下一次死刑执行时在场的许可。我很容易就被获准了。典狱长克林顿·达菲(Clinton Duffy)以其对死刑的激

昂立场而著名——他应法律的要求主持那样的仪式——他觉得圣昆廷的所有员工都应当亲眼目睹死刑的执行程序。或许他是天真的老理想主义者,但是他从未放弃过他自己坚持的立场,他认为死刑在任何情况下都是不正当的。

我被典狱长签署作为正式的死刑见证人。依据法律规定每一例死刑都须被见证、被记录,并由作出生效判决的法院和州长经正当程序签署,我们一共有 12 人列席。有一些是经常出席的;我听说有几个人申请见证每次执行且未被拒绝。其他一些可能是执法人员,他们曾经参与对这个即将被执行的杀人犯的拘捕活动。

到了指定的日期,我和一名同事加入到其他 10 位正式见证人的队伍中。我们在典狱长的办公室集合,我们在那里得到提醒,我们的在场对于程序的完成是必须的。向我们下达简单指令的警官还说,以前的经验显示不是每个人都能够坚持到最后。如果在观察室里,我们中有人忽然缺乏勇气要昏倒,他可以悄悄离开。希望不会有人在观察区晕倒,而使这个艰难的程序变得复杂。

我们静静地走出行政大楼,穿过街道来到探视者的门前,沿着南区(South Block)的围墙下到一幢小楼前,毒气室就位于其中。一些非正式观察者已经聚集在那里,还有来自旧金山新闻界的记者,少数刚聘用不久的看守(guards),他们按照指示站在房间最后的长椅子上,这样他们就可以看到我们每个人的头顶。我们这些正式的见证人,马上被安排到了玻璃毒气室的外间。窗户下伸出来一根横杠,大概到人的腰部那么高。我们基本上都注意到了它。

在我们到达之后——我想,那就是信号——不到片刻,死囚囚室,也就是犯人度过他们生命的最后一晚的两间特殊的囚室的门打开了,今天要执行死刑的两个年轻人中的一个心情轻快地被两名看守带进来。他穿着白衬衣和深色的裤子;我知道他没有穿内衣,因为他的尸体将被拖出去交给处理人员,穿了内衣的话致命的毒气就有可能包裹在衣服褶皱里。

他被安置在毒气室中间的两个钢制椅子的其中一个上。两个负责

执行的看守非常熟练地各抓起他的一只胳膊，绑在椅子两端的皮带上。然后他的脚踝被绑起来。然后他的衬衣扣子被解开，一只胸部听诊器被缚在他的肋下。一旦这些工作都完成，第二个犯人就被带了进来，同样的快速捆绑程序马上也开始进行。所有这些事情都迅速地完成，就好像曾经在细致的预备训练中仔细排演过。

这次的两个死刑犯都是黑人。前者是一个瘦小的、表情神经质的家伙，他朝着典狱长微笑，仿佛在跟他友好地道别。他为这一天已经等待了将近两年时间；如今这种等待终于结束了。我试图读懂他微微倾斜的脑袋上我只能看见一个侧面的轮廓的悲哀的微笑，以及我认为他一定感觉到了的那种最终的释然。或许他非常满足于此刻他终于成为了注意力的中心。我猜想我们的不知疲倦的牧师已经劝说他进行忏悔，或许他也已经相信，过不了多久，他就会站在他的救世主的面前，让救世主宽恕他犯下的导致他今日被处死的重罪。这是我从他微微倾斜的脑袋和一个细微的笑容里得出的简单推论。谁能说清楚他们究竟距离那个界限有多近？我希望我的猜想是正确的。不带任何感情的、以一种缄口不言的麻木不仁只身赴死，就是在提前结束的生命中丧失其人性。这样失去生命就像让一头动物长眠不醒一样。但是，谁又能体会到，一个人在他被正式安排死亡的那一刻那一瞬间有着什么样的感受？

他的犯罪同伙是一个高大的面无表情的男人，比他年纪略长，更加强壮一些，在被绑到椅子上的时候他没有任何表示。没有给任何人留下有关最后的信息的一丝暗示，没有让观众们注意到他最后几分钟的任何信息。或许他死得就像一只缺乏理解力的动物；或许他存有拒绝去满足我们猜测他的想法的心理。

6

这两个人都不在我的会见对象之列。我不认识他们，但是我在来见证他们的死亡之前查寻过有关他们案子的卷宗。关于他们的信息很少，只是一些马马虎虎的官样文章。在洛杉矶的一家购物中心发生了一起持械抢劫。有人试图干涉，一枝手枪开火，受害人当场被打死。他们两人之前都曾经有过抢劫和强奸的犯罪记录。别的犯人都成了名人，要么是因为他们所犯下的令人发指的谋杀行为，要么是因为他们采取的使自

己至今依然没有被执行死刑的转弯抹角的法律伎俩。今天被执行的这两个人不曾想出办法让自己成为头条新闻。他们的死亡甚至不会登上翌日旧金山的报纸。

通向毒气室的门被关闭。我没有看到典狱长的手势,但是他一定示意了马上开始。那时是早上10点刚过5分;虽然执行是安排在10点钟的,但是实际上总会延迟几分钟,以防止万一州长办公室传来最后一刻的信息。犯人已经被告知,如果他们想快一点结束这一切,从门一关上开始他们就要开始深呼吸。很显然,他们按照所建议的去做了。他们的头垂了下来。他们不省人事,但是仍然活着。我的同事原本站在我的旁边,这时他转过身去匆忙地离开了房间。环顾我的周围,我发现站在观察室窗户前的见证团,都表情肃穆,纹丝不动。毒气室内,两名犯人现在看上去似乎已经死了,但是我们仍然没有移动脚步。几分钟之后,年纪稍长的那个犯人肩膀上的大块肌肉一阵痉挛,抽搐了几下。一切都结束了。又过了几秒钟后,负责执行的医生将听诊器从耳边移开,确认犯人的心脏已经停止了跳动。我们开始陆续离开观察区,重新走进室外的阳光下。典狱长的行政助理把一个夹纸板递给我们,上面是一张要求见证人签名的表。我们都匆忙离开了;谁都没有互相交谈。

后来我找到了我的同事:

“怎么回事?你还好吧?”

“哦,我没事。我必须离开那里,我觉得很愤怒。愤怒打倒了我,这种事情全部都如此无意义,我竟然还允许我自己成为这全盘无意义的繁琐程序的一部分。”

那就是当被执行的人非常合作毫无抵抗地被执行死刑的时候,所有程序都顺利进行下去的情况。通常的执行都进行得像那次那样顺利,但是情况也不完全如此。

有一次是对利安德维斯·赖利(Leanderess Riley)的死刑执行,他是我曾经会见过的一个年轻人,会见遇到过一些困难。由于他心怀恐惧,他的智商最好的时候也只在身心健全的边界线上,他非常不适应和一名白人官员进行不论对错的交流,所以他没有能力告诉我任何关于他自己

的信息。他刚刚二十出头，显得单薄又脆弱。同样，那也是一起发生在洛杉矶的抢劫过程中的惯常发生的手枪杀人案。在赖利之前和之后都有许多跟他相似的人，但是我认为那许多人都不是死于这样的奇特的痛苦之中。

赖利的死刑执行大约发生在我离开圣昆廷一年之后。我的一名在管教局萨克拉曼多总部工作的同事请求看一次死刑执行，后来就被邀请做了赖利的死刑见证人。我的这位朋友回到萨克拉曼多之后还战栗不已非常哀伤。赖利不肯合作。等到到他该从死囚室起身去执行死刑的毒气室的时候，他尖叫不迭，四处躲避彻底抗拒着看守的活动。他被迫坐进钢椅，一边又踢又叫的被绑好手足。最后，在毒气室的门关闭，小药丸投入酸性溶液之前，他把细瘦的胳膊和脚踝从捆缚他的皮带里面挣脱出来。他跑向毒气室的门边，尖声高叫着要求把门打开。没有人知道该怎么做；程序上没有任何关于这种紧急情况的规定。看守再一次被派进去，将他绑得更牢固一些，但是当门一关闭，他再次松脱开来，反复尖叫着要求放了他。这一次，氰化物小药丸已经被扔进了盛着酸溶液的大桶里了，赖利倒在地面上，很快就死去了。

据说，赖利死得不象个男人。有些人发表看法，说他死得就像被关在笼子里的动物一样——这种比喻既非原创也不适当。在死亡面前，狂暴攫取了他，虽然对于这个死亡结果他应当已经期待了很长的时间。现实让见证人倏然丧失了镇定。我总是很想知道为什么行刑人会认为犯人具有让死刑执行容易完成的义务。

在执行绞刑的年代情况则迥然不同。老杰克·布伦南（Old Jack Brennan）是监狱的记录官，他曾经参加了他当班的时候进行的所有的绞刑执行活动。他告诉我那时候的情况如下：

> 我们都是在半夜里将他们绞死，而不是早晨10点。绞刑架在体育馆二楼的一个大房间里立起来。当临近执行时刻，他们就会把人带进来，让他走几步到他该站的套索前。一旦套索套住他的脖子，行刑人就对典狱长点头示意，典狱长会发回手势下令让套索收起来。我的天那！那套索弄出来的响声真大呀！万籁俱寂，静到你

都能听到那人的呼吸声,然后邦得一声,是那套索发出来的。听上去就向大炮发射的声音。无论我听过多少次,每次我一听到,都唬得我浑身直起鸡皮疙瘩。然后在昏黄的微光里,我们看到那个可怜的杂种被扔到了看不见的地方。

8

有时候绞刑架的落差不够大,被绞死的那人就会在绞刑架上乱动,喉咙呼吸困难地呛嗑。这时候,就会有人走过去,抓住他的两条腿使劲拉,这样那人就不会永远都是一付要死不死的样子。但是如果落差太大的话,那人可能会被拧掉脑袋。我从未见过那种情况发生过,但是他们都说那真是最糟糕的事情了。

他的叙述映证了我曾经查阅过的执行登记簿通常有的一些登记条目。登记簿从19世纪80年代开始就已经被保存下来,每个被绞死的人都有一页。有一张被执行人的照片——还有少量妇女的照片——照片下写着姓名,年龄,所监禁的郡县,以及被控罪名。然后以下是最后四条:

身高
体重
落差高度
执行结果

有的时候结果报告为"满意",而有的时候则是"不满意"。显然绞刑吏的执行手艺有赖于数据的经验主义的比较。我一度对"结果"的评价迷惑不解,但是杰克·布伦南的叙说为我澄清了这个问题。

死刑废除论者所描写的死刑里面,有的时候会将死刑犯的形象提升到受压迫的兄弟的高度,认为他们受到了过于严厉的惩罚。我所知道的死刑犯大多数都是穷人,在法庭上都只勉强得到了一名指定的辩护律师的辩护。有很多都是黑人、墨西哥裔美国人或者印第安人。有一些则是生活不稳定的人,他们生活在社会的边缘,这让他们极少接触现实生活——或许也可以反过来说:他们的不稳定的生活使得他们寄居在社会的边缘。

有些被指控犯有一级谋杀的人也会被判处无期徒刑。除了极少数

的得到其私人律师的巧妙辩护的犯人以外,很难描述这两种犯人的命运之间的差别。那些已经走进毒气室的人比较不幸。那些主张废除死刑的人有时候会抓住这种不幸,将死刑犯人的运气不佳归因于种族歧视、陪审团或律师的无能,或者认为刑法主要是用来约束穷人的。这样一种论证,差不多是要将死刑犯人看作为一个群体并对其美德过分夸张。在他们走进死囚牢房之前在他们身上从未找到的人之为人的各种品质此时都被归结到他们身上。

9 这些人都犯了极其恐怖的罪行。很自然,他们最关注的是自己的命运,与此同时,他们很少表达出对于他们所杀害的被害人的歉意或者对自己的家庭的关心。正如塞缪尔·约翰逊(Samuel Johnson)博士所假设的那样,死亡的前景真实且惊人的占据了他们的整个头脑;他们唯一能想的就是自己和自己的死期。

尽管媒体将他们渲染得恶名昭著,这多少让他们区别于普通人、让普通人对他们避之惟恐不及,但是有一些犯人仍然对自己所犯罪行的邪恶抱着执拗的沾沾自喜。我在另一篇论文中,讲述了其中一个犯人的情况,他在旧金山的斯凯德死囚区(Skid Row)里暂住的寥寥数月时间里,陈述了自己不计其数地勒杀那些无助的被遗弃者的细节的时候,他确信自己能够获得自由而表露出这种显而易见的愉悦。[1] 在他被释放之前,我就已经非常了解这个人了,而在此之后他又独自对同类实施了一次大屠杀。他和身边的人一样能够明辨是非,但是他选择了错误的东西,多年的默默无闻让他相信,如果他只做对的事情,他永远都不会被人注意到。

有些死囚区里的犯人通过让同伙难受的方式来自娱自乐。扎茨克(Zatzke)是一个同性恋的男娼,他曾经受到比他强壮且蔑视他的瘦弱的男人的恐吓。圣昆廷死囚区可不是相亲相爱互相关怀的避风港。只有

---

〔1〕 "What Happened to Stephen Nash? The Important Questions About Dangerousness," in *In Fear of Each Other*, John P. Conrad and Simon Dinitz, Lexington, Massachusetts: Lexington Books, 1977, pp. 1 – 12.

那些从未和这些人在一起待过几个小时以上的人，才有可能以感情用事的想法看待他们。如果要对废除死刑进行理性的论证，这些罪犯谋杀别人的事实，以及其中有些人假如被释放而可能给社会带来的持续的威胁，是必须要承认和考虑的。

我曾经听到道德哲学家表达过这样的观点，他们认为尽管死刑是不能被认同的，但是废除死刑却是一个不可能实现的政治目标。为凶残的、邪恶的人的利益而斗争，需要具有比大多数人能攒集的更为大度的宽容。世界上还有别的更吸引人的斗争值得去战斗。宽容这些丑陋的畸形的人类是将利他主义推向极限的一个理由。

这种观点也表达了某部分不可否认的真理。不过，这也是我必须担负起自己的目标，部分是因为我一生的心力都倾注在监狱和罪犯的问题中，感觉到这些走进死囚区的人和他们的将在监狱度过余生的同伙之间——或者实际上和那些不是杀人犯的囚犯之间——没有什么差别。并且，从部分意义上说，我必须反对死刑，是因为无论对于任何人来说，即使对于作为国家代表的公务员来说，也不能允许他进行杀人活动。杀人贬低了国家，而且坚持可以杀害杀人犯的社会违背了我们能够在社会上共同生活的规则。正如布兰代斯大法官(Justice Brandeis)从前所宣称的那样，[2] 国家必然是一名教员，当它杀害犯人，它就是在教给大家复仇和憎恨。杀人犯不会被人热爱，他们的行为也不会被弃之不管，但是允许杀人犯活下去，国家则是在提醒所有的公民，没有一个人会永远都是且仅仅只是一名杀人犯。在死囚区里对死囚犯的谈话会因为他们即将到来的命运吸收了他们的独立人格，而带上某种色彩。文过饰非、反诉和指责，以及自怜自艾充斥着他们的思维，独占了他们的语言。而恰是终身监禁使罪犯变成了一个人，当监狱生活的常态消去了计划好的死亡的压力时，他逐渐从他对自我的专注中脱离出来。其中一些人还获得了某种善良，就好像过去所犯下的残暴罪行的赎罪在终身监禁犯可能拥有的平静单调的生活中可以完成。

10

[2] In *Olmstead* v. *U. S.* (1928), 277 U. S. 438, at 485.

但是或许必须指出的且最重要的论点是,在20世纪的美国,在这个如此暴力的国度,在这个如此易受到妒忌者的愤怒和穷人的挫折攻击的国度,国家必须教给大家,故意杀害任何人,无论是因为什么理由,都是没有必要的和错误的。

当我开始为这次论辩工作的时候,我的一个关系亲密的同事敦促我不要忽视那些执行死刑的监狱工作人员的困境。他多年来一直是掌管他所在州的死囚区的官员。他参加过许多次死刑执行,还主持过一些死刑犯的执行。他认为,人们对于监狱官员为了完成一次执行必须采取的一系列程序给予的注意太少。

无论一名犯人是带着尊严走进毒气室,还是象安德维斯·赖利那样死去,他都是在尽全力抵抗一种让人痛苦的过程,这一过程必须完成。看守必须护送他进毒气室,有时候还粗暴地将他推进去;另一名看守必须推起控制杆把氰化物投进酸溶液里;执行这项决定生死的活动的时刻到来,典狱长必须向控制杆旁的看守示意。

这一几近机械化的、几近不近人情的一套程序,将是数月的等待的最终结局。典狱长和看守们会定期与将被执行的死囚及其家属进行接触——以及与很多其他死囚和其家属进行接触。在典狱长和他手下的工作人员的意识里面,经年累月地发生的上述死刑执行中,总是充斥着同样的场景,被处死的这个人的人性被放大,以致远远超过谋杀者的罪行。典狱长向推动氰化物操纵杆的执行人员示意动手,却没有清楚认识到他的动作会杀死一个熟识的,有时候还很亲近的人,这是不可能的——典狱长也经常会希望法庭或州长能够对这个人网开一面。无论这名已决犯是多么得罪有应得,但处死某人是不对的,这种感觉会在正派人士的头脑中时时浮现。

要想雇请既粗暴又无情的人做这项执行工作,这是完全可能的。但是把这项活动交由那样的人来做却是错误的。任何人,即便是一名职业的行刑人员,也不应该从这项工作中获得乐趣,或者以此为荣。

我对死刑所持的立场起源于我的国家正在从事有预谋的杀人活动的想法并由此产生的道德上的厌憎。我知道这一立场会受到死刑保留

论者的反对,他们根据自己对于基本道德的忠诚而主张的立场,也如我一般坚定。毫无疑问,我的反对者的观点也会坚定地建立在道德原则之上;当然他所宣称的那些道德原则是与我完全背道而驰的。

他所必须承担的举证责任是要证明如此严厉且毫无挽回可能的刑罚应当保留。在这个国家,激烈地反对死刑的事实已经由伟大的法哲学家H·L·A·哈特(H. L. A. Hart)逐一提出来过,[3]在此,我将对这些事实进行如下重述:

1. 夺走任何生命都不仅是将痛苦加诸犯罪人身上,而且还给其他许多人造成伤害。这是一种罪恶,只有当某些善的结果无法通过其他方式得到的时候,这种罪恶才是正当的。

2. 尽管可能性很小,但是假如发现有无辜者被执行死刑的时候,刑罚是不可挽回的。这种错误执行的可能是一项无法容许的冒险。

3. 死刑的本质扭曲了整个刑事司法体制。审判变得冗长不堪,除去所有的深思熟虑,复杂周密的上诉程序充斥着法庭,带来了巨大的费用和代价,金钱上的,以及公众对于审判程序的信心。无可避免的拖沓的对于死亡的等待嘲弄着司法的根本目的:迅速且确定地对犯罪施加刑罚。美国司法程序导致了对任何犯罪人的刑罚都须经过过度的迟延,但是在那些要求判处死刑的案件中,这种迟延更是显得没完没了。

除非有证据证明社会利益只有通过死刑才能达到,而无法经由一项稍显轻微一些的刑罚来实现的时候,这些强有力的需要考虑的事项都在呼吁结束死刑的执行。很显然,我认为没有人能够作出这样的证明。在下文的意见交流中,我将回应如下观点,即认为处死杀人犯可以阻止谋杀,从而死刑应当继续下去。我觉得这种观点是站不住脚的。我将揭示,死刑不能阻止谋杀,死刑除了展示出有预谋的杀人活动的恐怖之外,什么也没有实现。

乔治·奥威尔(George Orwell)写作的以死刑目击者口吻叙述的志怪小说(peculiar literature)中,详细说明了摆在我的辩论对手和我本人面 12

[3] H. L. A. Hart, *Punishment and Responsibility*, Oxford: Clarendon Press, 1968, p. 89.

前的悖论：

> 我曾经目睹一个男人被绞死。毫无疑问，每一个关注此事的人都明白这是一次可怕的、不正常的活动。我相信，情况总是如此——每当发生一次死刑执行，整个的监狱，典狱长甚至犯人们，都会感到不舒服。极有可能的事实是，人们觉得死刑有必要存在，然而又本能地觉得这是错误的，因此人们对死刑的诸多描写都带上了悲剧性的情调。[4]

至此，在文章的结尾我再一次以我的经历得出我的观点，死刑是一种没有存在必要的悲剧，一种时代的错误，死刑的继续存在给社会造成了极大的伤害，却并未带来相应的利益。奥威尔的本能判断是正确的。死刑既是一种错误，也是一种悲剧。

---

〔4〕 Sonia Orwell and Ian Angus, eds., *The Collected Essays, Journalism and Letters of George Orwell*, Vol. 3, New York: Harcourt, Brace & World, 1968, p. 267.

▼
▼
▼

范·登·哈格的导论

死刑而非酷刑

欧内斯特·范·登·哈格: 13

及至18世纪左右,死刑仍不是在文明国家中适用的法律执行措施中最严厉的惩罚。最严厉的刑罚是酷刑。人们发现大多数有罪(往往在我们看来只是一些轻罪)的人都不是被处死:他们被酷刑折磨至死,刑罚是如此的残酷,以至于死亡的来临才是一种解脱。被确认有罪的人常常会被烹杀、焚杀、用叉子叉着烤死、撕成四块、车轮碾杀、剐刑、马裂。无比精细又无比惊人的残酷刑罚会持续数天,那些将受酷刑的人乞求赐死,有些时候会得到批准——作为一种宽大的方式。对犯罪人实施酷刑通常会当作让公众围观的盛事以及家庭的娱乐节目。(尽管不那么热衷,我仍然把电视看作是一种进步。不那么吸引人注意,也就没那么痛苦。)

为了历史性地看问题,还应当指出,直到19世纪麻醉剂被发明以前,跟今天的时代相比,痛苦是更加普遍,也通常更能够造成折磨和更容易让人接受。当时即便是外科手术也不得不在没有麻药的情况下进行。更有甚者,人们之间的团结观念是极其有限的:任何人所遭受的痛苦对于其他人来说都基本上无关痛痒——尽管宗教上的语词与此表述相悖——社会上的人都完全能够接受他们的痛苦并且从中取乐。死刑在人类社会早期就普遍存在。当时人类的寿命很短,传染病不断发生,而

如今老年人身体机能退化造成的疾病是对生命的主要威胁。由于人总有一死,死刑都不太被看成是一种刑罚。有人认为仅仅把寿命缩短,对于威吓或者惩罚犯罪都是不够的。

在晚近两个世纪,死刑——最初是斩首,词汇来自于拉丁文的 *caput*(头)或者 *capitis*(头部)——变成了终极的刑罚。现在很少有人会觉得死刑不够严厉,或者死亡的威胁是不够的了。许多人确实都认为死刑对于任何犯罪来说都已经过分了。真的过分了吗?要回答这个问题,我们必须从全局上来考察刑罚的目的,追问对于达成这个目的,死刑是否有益,或者是否必需?以及,撇开效用不论,死刑在道德上是否正当,是否有充分的根据?在回答这些问题之前,让我先来考察一些附属问题。

14

1. 一旦某人被判处死刑,等待执行很可能在心理上是痛苦的。我们都是既生活在当下,同时又至少在部分意义上生活在将来。对于将来的预期在我们当下的幸福或者不幸福中起到主要的作用。很显然,一个被宣告有罪的人很难再有什么可期待的东西了。在监狱里等待着生命的终结,几乎肯定不是一种让人愉快的经历。因此,应当尽可能地让等待的时间短暂一些。然而目前,等待和不确定的期间往往很漫长——在有些案子中等到所有的上诉过程都结束的时候,等待时间已长达 10 年之久。在保留了死刑的文明国家中,美国是唯一一个允许或者甚至坚持了这些漫长的毫无益处的迟延的国家。尽管经由正当程序判处的死刑是合宪的,但是好心的法官们因为许可和鼓励无休止的上诉和迟延,他们实质上确实妨碍了死刑。造成的结果是在 1982 年大约有1 000名罪犯被关押在死囚牢房里。没人知道这些人有多少被实际执行了死刑,哪些人在等待死刑执行多年以后得到了赦免。绝大多数关押在死囚牢房里的罪犯的生活环境,要比其他监狱里的条件差得多。他们被分别单独关押在面积很小的囚室里,除了揣度自己的命运以外无事可做。

这种痛苦是不必要的。这并不是死刑所固有的,且在任何情况下,也非死刑所必需。规则和实践都要求简约和加速上诉程序,以确定被判处死刑的人不会遭受比其他也完全可以判处死刑的在监罪犯更糟糕的待遇。死刑废除论者和死刑保留论者一样,都会赞同消除不必要的痛

苦。一个被判处死刑的人并未被判处任何额外的毫无根据的痛苦。

2. 死刑应当尽可能无痛苦地执行。刑罚的内容包括在一个确定的日期剥夺生命,而不能造成除此以外的痛苦。目前,死刑执行的方式包括电椅、枪决、毒气室,以及注射毒液。看上去枪决是无痛苦的(痛苦只在子弹击中后才会感觉到,而这个在被击中时就已经死去的人并没有痛苦)。注射也是没有痛苦的。[1] 罪犯应当有选择权,可能造成痛苦的执行方法诸如电椅,或者会给犯人带来可以避免的心理负担的方法诸如毒气室,不应当拿来使用。假如这个可以做到,那么就可以避免完全不必要的残酷性[(unnecessary cruelty)这是一种累赘的表达,因为残酷性(cruelty)就是不必要的痛苦的意思(unnecessary pain)]。但是死亡本身对我们绝大多数人来说仍然是一件可怕的事情。 15

3. 死亡并没有那么可怕,以至于有些人自愿赴死。他们只因抱着某种比自身生命更加重要的理由绝食而死(大家知道举行绝食罢工者就会这样做)。或者他们还会因为不幸的生活而自杀。

但是,绝大多数被判处死刑的人,或者其罪行可能导致死刑的人,都害怕死亡。他们竭尽所能只为避免被执行死刑。他们挖空心思地妄图不被拘捕、定罪,以及避免最终的死刑。只有极小一部分的人——远远不到被判死刑人数的百分之一——顺从地等待死刑,或者愉快地接受死刑。他们不愿对判决进行上诉,这令他们的律师以及美国民权联盟(the American Civil Liberties Union)深感失望。美国民权联盟认为,犯罪人不应当拥有放弃对死刑判决的上诉权,对死刑判决的上诉权是一项新的民权。

有些反对死刑的人认为顺从地接受死刑的犯罪人有可能是为了被执行死刑才去犯罪,他们利用法律来作为一种自杀方式,因此死刑应当被废除:死刑会导致犯罪和自杀。这种观点是不能让人信服的。依据这

---

[1] 注射虽然不需要医师来执行,但是也还有一些医疗的意味在里面,这一行为让人联想到"把一头动物哄睡着"的情形。枪决似乎就直接、明确得多了,更有独特的惩罚性,而且没有造成更多的痛苦。

种观点，摩天大楼同样应当被拆除。这些高楼和死刑一样，可以为某个目标服务，但是它们也有可能被滥用于自杀；也会带来世上还不存在摩天大楼的时候就会出现的犯罪。总之，认为人们为了被处死而犯罪的想法纯粹是猜测性的。看上去更有可能的情况是，拒绝为判决上诉的犯罪人之所以这么做，是因为他无法面对等待执行的痛苦，或者是因为他宁可选择死亡而不是牢狱生活。甚至有可能他觉得自己真的罪大恶极，没有理由再活下去，因此同意死刑判决。没有确凿的证据，揭示杀人犯是为了被执行死刑而杀人；而且几乎所有犯罪人都竭尽所能去避免死刑。

4. 我们都被宣布了死刑——这是在宣布我们生命的时候与生俱来的一部分。死刑跟监禁刑不同，监禁刑剥夺了一个人在不被判处该刑罚时原本拥有的自由，但是死刑并没有剥夺一个人不被判处死刑时原本拥有的生命。即便没有法律所给予的判决，我们仍将会死去。只是没有死刑判决，我们的生命尽管并非永久，但却是不确定的。死刑规定了一个确定的执行日期，在很多人看来，似乎是死刑让死亡变得确定无疑，就好像如果不是因为死刑，死亡就可以避免一样。实际上死刑判决只是加速了死亡，缩短了生命。但是这种缩短是让人望而生畏的。因为生命是宝贵的，人们都希望坚持并且延长生命。死刑摧毁了这一愿望。然而，死刑也让这一愿望化为乌有：已死之人无忧无惧；也无痛苦；他们已经毫无知觉。[2] 他们也不会再怀念生命，如同从未存在或从未出生过一样。因此，我们很难看出人们怎么会神志清楚的害怕起死亡来。人们不是害怕死亡，他们害怕的是死去的过程，将其混同于死亡，将死去描绘成一种痛苦的过程。

16

但是死刑很有可能比绝大多数的自然死亡在生理上痛苦更少。死于疾病往往更加痛苦，往往要经受更多的折辱。只不过当执行过程被详细描写的时候，人们会受到震动而同情起被判处死刑的人。死刑的描写会让人们以为如果没有死刑判决，那个人将免去一死。关于执行的描述

〔2〕 宗教信仰上的来生指的是灵魂是不死的。但是这个灵魂的欢乐和痛苦都不是由现世的肉体所造成的，也和本文所讨论的问题无关。

几乎总是给人造成某种印象，认为那个悲惨的、没有尊严的，或者引起人震动的死去的过程就是执行的过程，认为假如这个被判处死刑的人还活着，或者（如果还有人记得那人不可能永垂不朽）假如他死在医院而不是死于死刑执行的话，那样的过程就可以避免。然而死于医院造成的痛苦并不可能更少，或者承受的折辱更简约。恰恰相反，这是一种误导，这是在将死去的过程或者死亡要承受的屈辱描绘成似乎是由于死刑执行造成的。死刑执行既不比通常的死亡更加痛苦，也不比它更悲惨。

无论人们提出什么理由来反对死刑，他们都不能说死刑导致了人们的死亡，否则这些人就不会死，或者死刑肯定给人造成了原本不应经历的更多的痛苦，或者造成了更加悲惨的更加没有尊严的死亡。然而，作为一种刑罚，被自己的邻里组成的陪审团处死，和死于自然原因之间，存在一个重大的心理上的差别。关于这一点，我们马上要谈到。死刑有意加速了死亡。只是我们至今仍必须考虑，作为对于犯罪的一种惩罚，死刑是否正当。



▼
▼
▼

第一章

报应主义者反对死刑的言说

17 **约翰·P·康拉德：**

试想一下一个没有奖赏也没有惩罚的社会。无论是美德还是成就都不会得到承认。荣誉将不会归于那些杰出人士。也不会为了全社会的利益，来提高报酬用以鼓励比其他人更加勤勉或者更加聪明的人。职业上的发展将不依赖于卓越的品质，甚或忠诚的服务。无论一个良好的公民多么值得奖励，他都得不到他应得的东西。如果团结最终还能维持，那么这种团结只能依靠普遍的利他主义以及开明的利己主义来实现。社会上会存在平等主义的身影，但是它是一种毫无理由来期盼的平等主义。这个奇怪的社会的任何成员都不应当期盼会有更好的东西出现。

假如在这样一个社会里政治组织最终还能存在的话，也不会有人害怕任何来自政府的力量。无论是对酬劳的剥夺还是对于惩罚的恐惧，都不会影响到一个人对于其行为的决定。正如善人不得不在其对自身善良的冥想中发现回报，对于恶人的唯一惩罚将是良心不安和对于作恶的回忆一样。无论他们对他人实施的罪行是什么，这些犯罪者的结局，最多不过是罪恶感和羞恶之心的折磨，以及，可能存在的良心上的放逐。

人类学家的研究报告中说有这样的社会存在。生活在非洲中部丛林的俾格米人（pygmies）就幸福且不施害恶的维持着部落，其社会组织

仅限于食物采集和食物分享所必需。在更高级一些的社会组织中，太平洋小岛上的美拉尼西亚人（Melanesians）和玻利尼西亚人（Polynesians）似乎主要依靠禁忌来执行其风俗习惯。团结通过仪式、魔法，以及通过驱逐那些违反传统所确立的简单规则的人来创造。18世纪的哲学家就当时对这样的社会的微薄认识，推知这样的社会由生活在一种特殊的优雅状态中的高贵的野蛮人所构成。人们认为文明的紧迫性摧毁了人类天然的至善。人们还认为，当文明的复杂程度要求出现劳动分工，对技术的依赖程度不断增加，以及社会的，政治的和宗教的等级结构被创造出来，原始部落里对于公平的朴素需要就在程序中窒息了。 18

更加严谨的人类学研究已经揭示了这种罗曼蒂克的结论的天真。尽管人类曾经生活在，或者仍然生活在怀着如此乡愁的社会里，但是，从没有一个人想过以某种方法从工业社会返回到这种原始的朴素中去。有很多种方式可以用来描述20世纪社会的基础，但是所有这些方式都含有由回报和惩罚所支撑的正式的外在控制。在理想形态下，这种控制系统提倡对那些应得回报的人按照该系统所创造的预期，给予公平和确定的利益分配。同时，系统也需要有对那些违反了法律的人依据其罪过给予惩罚的预期。

该系统并未理想化地运行起来，并且实际上从未如此。获得回报的期望以及对于惩罚的恐惧时而会不那么确定，会受到人类的善变、没有抓住机会、连同实际的惩罚的制约。回报给予了那些对社会贡献微小或者没有贡献的人，而许多应当受到惩罚的人却没有得到适当的惩罚或者根本未受惩罚。

社会控制只有通过确定对他人发生意义的行为的最终结果才能维持。在此我们并不关注付出努力和价值而得到回报的结果，我们特别要指出的是，社会团结有赖于回报与惩罚之间的均衡。在资本主义社会里，大多数的回报，都通过经济杠杆来调节，然而，正式的惩罚却留待国家来执行。无论是对于美德的回报还是对于害恶的惩罚，人人都将获得公正的赏罚，这样的乌托邦总是距离现实很遥远的。尽管每个历史学家都必然会怀疑为什么乌托邦的观念如此深入人心，但是对于那些不了解

历史的人来说,这样的乌托邦如今似乎比以前显得更加遥远了。

在一个尚须执行刑罚来维持秩序的社会里,我们还是必须非常认真地对待这个令人不快的话题。基于我对一个理性又公正的判决体制的重要性的认识,我是一个毫不掩饰的报应主义者,只有当我们确定犯罪人已经接受审判,社会正义已经得到伸张,我们才能转而关注威吓、剥夺犯罪能力,以及改造罪犯等传统的功利主义的目标。

19

作为一个报应主义者,我将刑罚视为针对犯罪行为的适当的直接的后果,是刑事司法程序的一个阶段,从犯罪本身开始,辗转从抓获、逮捕、提审、起诉、定罪、判刑一路走下来。在本章的最后,我将论证刑罚必须以某种方式来执行,以便犯罪人能够不受阻挠地与社会共同体达成和解,但是那是我们所考虑的刑罚的其中一个步骤,我必须对这一阶段给予关心。

在这一连续的刑事司法过程中,我们可以发现违背所有公认的行为规则的国家行为的正当性之所在。由于刑罚必然给和我们处于同等地位的人们施加痛苦、羞辱或者剥夺其生命。宗教和道德的所有信条都明确规定禁止人类相残;己所不欲,勿施与人。在我们的社会公共机构中,惟有刑事司法体制需要违背这些基本的原则。无论是动机的合理化程度,或者诉诸高贵的目标,甚或对犯罪行为的深恶痛绝,都无法将我们对犯罪人故意施加伤害的经过,演变成一个善良的过程。

那么,犯罪人又何必要屈服于如此极端的长期的侵害,甚至包括死刑呢?尽管自18世纪晚期开始就持续存在一种普遍信念,刑罚必须有目标——但是光凭这一点仍不足以证明其正当性——经过长达两个世纪的努力仍没有清晰的证据,证明有某个社会成功地完成了他们预设在刑罚之上的目标。在后面章节中,我将会考察刑事司法体制在达成法哲学家所提出的这些目标方面的失败之处。在此,我只关注于报应,作为对犯罪行为宣告有罪的正确结果。犯罪本身给予了刑罚正当性,刑罚除了作为罪行的法律后果以外别无其他目的。这就是报应主义者以其最简单的方式表达的对于刑罚的立场。这也为死刑的倡导者的观点提供了最强有力的证据——对此证据我不再详细描述,以免我自己也成了论

据充分的、足智多谋的辩论对手的臂助。

关于报应主义的刑罚观的彻底简化还有更多需要说明的东西。在考察刑罚的合理化这一主题的时候，通常会选择两种进路来探讨。功利主义者实施惩罚是因为他们希望通过威吓、剥夺犯罪能力，以及改造罪犯来预防犯罪，以及将犯罪人的最终命运公诸与众，以便有类似犯罪想法的人看到犯罪行为将会导致的后果。报应主义者实施惩罚是因为罪犯是应当受到谴责的。 20

功利主义者和报应主义者的对立会给人造成误导。丹麦法理学家阿尔夫·罗斯(Alf Ross)严谨且合乎逻辑地对整个主题进行了全面考察，他写道：

> 报应和预防在传统上的对立……是无意义的，因为两者得出的相反的回答所针对的并非同一个问题。坚持认为实施刑罚是为了预防犯罪，所回答的是有关刑事立法目的的问题。而认为实施刑罚是因为犯罪人招致……谴责，所回答的是实施刑罚的正当性(罗斯用了斜体)问题。[1]

这一推理方式要求我们同时从功利主义者和报应主义者双方的观点来研究死刑。本章则是从报应主义者的立场来考察死刑。

这一理论立场充满了让社会科学家头疼的问题。面对一种既不适合采取比较的方法，也不能对其目标完成了多少进行测量，甚至也不能对其他替代性措施进行分析的理论，刑事法学家能对它做些什么？在这一理论进路中，有关犯罪人的处遇问题的任何方面，都无法接受我们的学科中主要的科学方法。刑罚的正当性只能从伦理的层面进行讨论；对于这样一个话题，不曾为经验主义者留下任何讨论的余地。我们惟余一种罪行必须被惩处的意念。行动必然有结果，但是在那一原则下，没有任何东西可以为刑罚结果的经验性测试提供可能，也不存在什么规则，让刑事法学家有可能查证其实效。如果报应可以由先前的犯罪行为来

---

〔1〕 Alf Ross, *On Guilt, Responsibility and Punishment*, London: Stevens and Sons, 1975, p. 44.

证明其正当性,那么社会科学就在面对这一立场的时候走向了终结。因为我们无法确立任何测量方法,来明确犯罪与刑罚之间的这一简单等同——是或者不是一种有道理的和正确的正当化事由。

但是如果刑事法学家可以拒绝考虑这一观点的话,那么道德哲学家就会有大量工作要做。他现在必须思考为什么有罪必罚的观念是正确的。犯罪与制裁之间要怎么样等同,以及为什么可以用这样的等同观念来决定刑事司法的本性和本质?又是基于哪些原则,一定范围的刑罚与可罚的犯罪之间的比例关系得以建立?

伊曼纽尔·康德(Immanuel Kant)对该问题的回答只是一种反常的浮于表面的探讨。他直截了当地宣称刑罚是一种绝对命令;有罪的犯罪人必然要受到惩罚,道德秩序要求刑罚要与罪行的严重程度成比例。[2]

21 这样一种论证除了坚持刑罚是正确的,刑罚除了要由一个合宪的权威来确认其罪以外,不需要任何的正当性。正如杭德里希(Honderich)指出:"用这样一种方式来论证,以至于其观点可以简化为断言某事是正确的因为它就是正确的,这是毫无意义的。"[3]

康德生活在启蒙运动将理性推崇到至高无上的地位的时代,德国出生在这个无秩序的时代中。所以自然而然的,即便是一个伟大的哲学家也会抵制贝卡里亚(Beccaria)式的那些思想(康德把贝卡里亚看成一个多愁善感的人道主义者而拒绝接受其思想),那些思想将会给普鲁士社会的来之不易的稳定带来威胁。在两个世纪之后,我们基于大量的经验来观察司法运作活动,看到了哥尼斯堡(Koenigsberg)的康德的视野中尚未出现的复杂性。

因此,我在开篇要求我的读者考察一个虚构的没有奖赏与惩罚的社会,由此进入这场对报应主义者针对死刑问题的讨论。从那个例子中自然可以得出,刑罚的意义在于确立人们对于正确和错误行为的集体意

---

〔2〕 Immanuel Kant, "The General Theory of Justice," in *The Metaphysical Elements of Justice*, trans. John Ladd, Indianapolis: Bobbs - Merrill, 1965, pp. 99 - 107.

〔3〕 Ted Honderich, *Punishment: The Supposed Justifications*, London: Hutchinson, 1969, p. 29.

识。刑罚是正确的,因为我们想不出其他方法来保证错误将被明确界定。用H·L·A·哈特(H. L. A. Hart)的话来说就是:

只有当伤害已经造成的时候,对罪犯的惩罚……才会付诸行动;其主要的作用方式仅仅在于宣布确定的行为标准,对于背离标准,不那么合格的行为后附加处罚,然后给人们自由选择的机会。这是一种社会控制的方法,由此,在法律的强制性框架下,个人自由可以通过诸多不同的方式得到最大化……[4]

以上论述让我们更接近于刑罚的正当性理由,而非简单地断言正确的就是正确的,但是在我看来,已故的坎特伯雷(Canterbury)大主教威廉·坦普尔(William Temple)在其卓越的演讲《刑法行为的道德规范》(*The Ethics of Penal Action*)中对刑罚作出了更完整的也更令人满意的正当性解说:

正如我相信,社会,或者代表社会利益的国家的首要道德责任,正是向破坏道德法则的犯罪分子再次主张被破坏的道德法则。基于这一理由,必须确认其罪行,根据罪行来处置他……刑罚报应理论的首要指向,正是惩罚必然要降临在有罪当事人的头上,尽管我们容易夸大个人应承担的集体责任的份额,但是否定个人责任就是否定人格。作为报应的刑罚,即使以残酷地报复性的方式实现,也至少是把刑罚的受害人当作人以及道德的媒介来对待……如果谨慎地将从刑事活动中得到的所有满足区别于复仇行为,我们所给予的刑事活动的道德认可,刑事活动批判社会犯罪的表达……就是正当的。原谅(to forgive)可能是正确的;而宽恕[(to condone),正如该词语通常被理解的那样]却往往是错误的。国家的首要责任就是将自身从其成员的行为中分离出来;要这么做,国家必须有所为,不仅要顺应人民,而且还要逆向某位成员而行……而社会将自己的意志与冒犯自己的成员的意志相对抗时,不得表现出敌意。这对于保存社会本身的个性,是必要的,公民保持自己的个性在很大程度上也

[4] H. L. A. Hart, *Punishment and Responsibility*, Oxford: Clarendon Press, 1968, p. 23.

依赖于此。[5]

他的叙述超出了本章的论述范围,当然其所回顾的那些已被当代道德哲学家发展了的所有的报应主义的刑罚正当化理由,也超越了我的哲学思辨能力。无论个人采取报应主义者的立场与否(这将是我在这场辩论中始终坚持的立场),报应主义者的正当性理由都是不能被忽视的。对于不受惩罚的犯罪行为的审视让人困扰,尤其是那些造成受害人死亡或者重伤的犯罪行为。对我来说,我本人对于在岁月经年的多事之秋发生于这个国家的大量不受惩罚的犯罪行为的困惑,不可能是在反思威吓、剥夺犯罪能力,以及改造罪犯等主要的功利主义目标,被那些刑事司法鞭长莫及的习惯性违法者打击,而没有实现的时候才发现的。我对此类事件的第一反应是,社会在批判犯罪人所做的坏事方面没有取得成功。道德秩序受到了侵蚀;使社会生活成为可能的社会约束放松了。报应主义者关于刑事司法的立场是我证明刑罚正当性所必需的。犯罪行为不应得到宽恕,犯罪人必然要受到惩罚。刑罚的实施可以带来的任何其他好处都是不要求用来支持我的立场的附加利益。

如果只有报应主义者的考量在这一论述中被确认,那么应当运用什么规则来决定被执行的刑罚的种类和轻重?报应主义者康德(尽管在其他问题上他的思想博大精深)并未费心考虑过其绝对命令的正当性,他强烈主张古罗马的等量报复法(*jus talionis*,又译"以牙还牙报复法"),即"同态复仇法",是有据可考的起点。这一法则可以追溯到最远古的时代。它要求对做坏事的人施加他对受害者所造成的同样的伤害。康德应具体需要对该原则作出了修正;他提倡将小偷变成"国家的奴隶,……要么规定一个确定的期间,要么不确定期间,视情形而定"。[6]康德还认为对于杀人犯的刑罚不能有任何弹性:"如果……他杀了人,他就必须被处死……没有任何替代方式能够满足法律正义的要求……如果犯罪人

〔5〕 William Temple, *The Ethics of Penal Action*, London: The Clarke Hall Lecture, 1934, pp. 28 – 30.

〔6〕 Kant, pp. 101 – 102.

不被依法定罪并处死，犯罪与报应之间就无法等同起来。"[7]

死刑的倡导者将发现康德是个靠不住的盟友。他援引等量报复法 23 作为刑罚分配的基础，是反常地将难题诉诸一个轻易获得的答案。用准确的罗马法术语表达，等量报复法则（lex talionis）在我们的有记载的历史上，几乎是每个社会的早期刑事立法的基础。在这一法则被采取的时候，国家从受害者或其亲属的手中攫取了报复的权利，留给了自己的法庭。在其最初的表现形式中，它要求给犯罪人施加他带给受害者的同样的伤害。

从罗马共和国的初期，这项原则的适用就导致了严重的困难。古罗马司法官可以对偷窃进行罚款，通常是数倍于被窃数额。在人身伤害的案子中，受害人最初被授权可以进行同类的报复——纯粹的等量报复法——但是司法官决定受害人也可以选择接受金钱上的补偿。[8] 犯罪法规定在罗马法早期的十二铜表法第八表上。十二铜表法被损坏已久，但是学者们将其碎片拼凑在一起，并对其所包含的内容了解甚多。在第八表之下，一共有 26 种犯罪会引起国家的注意。每一种犯罪都没有进行定义，但是对其刑罚进行描述的形式让后世的注释者想象古罗马的法官一定非常满意于在制裁犯罪人的时候享有如此宽泛的自由裁量权。死刑可以不受限制地采用。比如：

24. 任何人故意并恶意地杀害自由人，应当被处死，使用邪恶的巫术的人，制造或提供毒药的人，以叛逆罪论处。

25. 杀其父亲者，蒙上面罩，用口袋缝起后沉江处死。

26. 任何夜里在城中制造骚乱的人将承受死刑的痛苦。[9]

有许多法律都继承了十二铜表法，但是詹姆斯·菲茨詹姆斯·斯蒂芬爵士（Sir James Fitzjames Stephen）在注释罗马法时评论说："从法理学家著作中提炼出来的观念包括一系列确定的、规定适当的，以及适时的

---

〔7〕 Ibid. , p. 102.

〔8〕 Barry Nicholas, *Introduction to Roman Law*, Oxford: Clarendon Press, 1962, p. 209.

〔9〕 Sir James Fitzjames Stephen, *A History of the Criminal Law of England*, vol. 1, London: Macmillan, 1883, pp. 10 – 11.

合乎条件的原则,在一个完整的前后一致的体系内按照其自然的顺序排列,而似乎最初的观念原本并不是这样呈现出来的……"[10]

正因为古罗马刑法是统治康德所生活的社会的普鲁士刑法的基础,那么他会运用该原则来作为其观点的依据来阐明其司法原则也就不足为奇了。他对于该原则的详细情况,以及在该原则的适用中会出现的复杂性及荒谬结果基本未予以考虑。显然对他而言,等量报复法(*lex talionis*)支持了其对杀人犯判处死刑的结论。他更愿意毫无例外地实施该原则:"甚至在对许多犯罪人密谋实施的犯罪进行的判决中,在公共法律诉讼面前,最好的等量补偿就是死刑。"[11]

24

康德表达了什么时候国家可以接受将一个有罪的小偷沦成奴隶用作国王的军舰上的划桨者,但是他认为等量报复法则对暴力犯罪人的适用,要求对其施加比劳役更严重的惩罚。鞭笞、烙印、断肢,以及拷打是常用的刑罚。对于谋杀和严重叛国罪来说,适用的刑罚包括死刑。在这张制裁措施列表中,惟有死刑在文明社会中仍然幸存。

如果我们墨守成规,仍将等量报复法则作为刑罚体制的基础的话,那么毫无疑问死刑是适当的,而且也确实是对于谋杀的唯一合理回应。要和预谋杀人相匹配的话,没有任何措施比另一次有预谋的杀人更合适的了。我们的最远古的史前时代的祖先们给予如此强烈重视的同态复仇法,得到了满足,而那些认为报应必然要和同态复仇等同的人们也会感到满意了。

死刑是同态复仇法的最后残余。除了极少数的例外以外,它仅在恶意的预谋杀人罪中保留下来。人们将会看到,始于对孟德斯鸠(Montesquieu)、贝卡里亚(Beccaria),以及边沁(Bentham)曾经提出的法律进行重新审视、不再进行不适当的简化的长期的刑事司法改革计划,将创立替代措施来取代不可行的也不公正的同态复仇法。如今不再有认真的哲学家还追随康德的观念,认为小偷应当沦为不确定期限的国家奴隶。

---

〔10〕 Ibid, p. 50.

〔11〕 Kant, p. 104.

在当前的矫正设备的作用下，已经很难再为我们对小偷的反复无常的处理方式进行辩护了，即便是任何形式的劳动都已经是例外，而且其惩罚也与同态复仇法相去甚远。那么，为什么报应司法还要求死刑作为对谋杀的处罚？

就欧洲几乎所有国家的法律而言，除了苏联及其属国的不安定的政权以外，该问题的答案已经昭然若揭了。报应司法并不要求以死刑来维持民众对其的信任。我国的 50 个州中有 14 个已经得出了同样的结论，这 14 个州中有许多在很久以前就已经废除了死刑。令人困惑的是，尽管在死刑的实际执行中牵扯有大量的困难，且消耗了巨大的费用，但是仍有 36 个州以及联邦政府的刑罚列表上还继续包括死刑。

每当一个死刑案件被记入诉讼程序记录中，法庭就必须启动一连串冗长的司法活动，而这些程序几乎从来没有在其他诉讼案件中重演过。必须给予一丝不苟的密切注意，确保在任何细节上都能体现公平。必须收集证据，不仅要证明被告人有罪，而且要证明他在实施犯罪行为和后来接受审判的时候在法律意义上心智健全。如果确认其有罪，并判决其死刑，那么数月，有时候甚至数年时都会花在大多数州都有规定的自动提起的上诉审查中——这些都需要消耗大量政府开销。即使有罪裁决和死刑判决在上诉中都被维持，向执行机关诉请替刑的上诉请求仍将占据公众以及参与刑事司法体制的要确定执行时间和实际执行的人员的心神。 25

如果我们要适用死刑的话，那么我们是否要用其他方法来执行它？当代伊朗的就地处决所显示的悲惨景象，甚至激起了最为铁石心肠的西方人的反感情绪。但是当问题变成一个人是应该生存还是死亡的时候，又有哪些阻止这样的不公平与不适当的情况发生的保护措施可以被移除？在死刑仍旧存在的司法区内，普通法和宪法的传统预防没有任何内容要被移除。由于存在错判、刑罚的不确定性、歧视，以及偏见等风险，联邦最高法院要求设置更多的保护措施。有的人可能会把这种对谋杀案件中被告人权利的关怀看作是脑子进水。我将其归因于我们始终是将人的生命的价值放在首位，即便这条生命在生存期间恶意地漠视其他

人的生命。

这是一个没有文明的解决方案的两难。一旦检察官请求判决被告人死刑,围绕着生还是死的游戏就开始了。报应司法力图促进的价值被扭曲了。赢得官司而非正义,或者意图给实施的坏事给予报偿,成了游戏的目标。如果检察官判处被告人死刑的要求得到了法庭的支持,检察官就赢了;如果辩护方能够为其可怜的而且往往是危险的当事人保住性命的话,则是辩护方赢了。随着程序一路拖沓前行,犯罪行为本身日渐退后至被人遗忘的境地。我们转而被要求去考虑被告人的人格,被告人的社会障碍及情绪障碍,是否有任何减轻刑罚的情形被遗漏的可能,以及被告人的精神状况问题。精神病医师也互相斗争,双方都竭力夸大己方对被告人精神状况所做的评估的重要性。报应司法(retributive justive,译者注:原文如此,疑为 retributive justice)的首要目标,即否定犯罪人所做之恶事,在让人兴奋的游戏及其结果中都自始至终被压制了。最后,绝大多数我们最近的死刑执行都处决了自己要求被处死的人,从而让这些在自己的生命里看不到有意义的未来的人走向了死亡。对于他们来说,比在行刑队面前或者电椅上被处死更加糟糕的刑罚,将是在监狱里无法预知的长年监禁。而对于社会而言,我们能够为此进行直截了当的批判吗?

正如选择被处死来作为一种自杀方式的犯罪人所断定的那样,终身监禁是一种严厉的刑罚。他们的男子汉气概和魄力逐渐衰退,在谋杀事件被人们遗忘多年之后,只余下老朽的躯壳残留人世。无论是对于监牢里的杀人犯,还是修道院里的圣徒来说,那都是唯一的结局,人们还没有找到可靠的方法来躲避垂垂老矣的命运。有些人在监狱里的时日只剩下了冷漠,但是冷漠确乎不是对报应司法的恰当反应,对杀人者必死的向社会偿债观念的暗暗蔑视也不是对其的恰当反应。犯罪人应当寻求的、国家应当鼓励的反应,是赎罪。对于对他人所造之恶的弥补,是社会与犯罪人之间达成和解的基础,这也是漫长的报应司法过程的应有之意。

对于一些比谋杀罪要轻微得多的犯罪,有的法官会判令其从事无偿

社区服务，而不是判处有期徒刑，或者赔偿受害人的损失，或者当金钱上的赔偿不可行的时候判令其为受害人提供私人的服务等。在行为人犯有一级谋杀罪的情况下，报偿应当更严厉一些，否则会存在一种危险，即人们会认为最严重的罪行被法庭给赦免了。但是我发现有许多杀人犯选择了为其他人服务——在有限的机会里面做到最好——作为其为罪行作出补偿的方式，这一罪行将会伴随他们的余生。这方面最著名的案子是内森·利奥波德（Nathan Leopold）的案子，他被证明实施了极其残暴的罪行，他在监狱里将自己投身于对犯罪人的教育工作中，研究如何让他们更具理解力。[12] 才能稍低的杀人犯也会选择让自己的生命尽可能地对其他人——对牢友，如果有机会的话对大社会里的人们——有所帮助。假如他们必须在预定的日期死掉，他们就不可能进行这样的赎罪。

有的人可能会很惊讶，像坦普尔大主教这样一名伟大的牧师，居然会在刑事司法管理活动中毫不妥协地将报偿放在首位。我不是神学家，我也无法媲美于这位伟大牧师的语言表达能力；我将再次援引他收录于《刑法行为的道德规范》一书中的演讲辞：

> 报应刑罚……的本质要素就是……经由谴责邪恶意志的行为，肯定社会的善良意志反对个人的邪恶意志，使个人想起社会的善良意志也是他本人的想法，或者至少让他认识到他的责任和幸福全在于其善良意志……
>
> 但是他从来不仅仅是个罪犯。如果他被证明是一名罪犯，而社会由于他的原因要把他当作一名罪犯来对待，我们仍在互相平等的义务下把他当作一个人来看待，这个人失足犯下罪行，只是一次事件，即便这是正在被讨论的主要事件。除非一个人完全是邪恶的化身，而这只有上帝才能知道，我们对待他好像他就是邪恶化身似的，那么必然是不道德的和不公正的。[13]

27

---

〔12〕 Nathan F. Leopold, *Life Plus 99 Years*, Garden City, New York: Doubleday, 1958.

〔13〕 Temple, pp. 31 – 32.

除了具有促使其犯下恶劣的罪行的犯罪倾向特征之外还有其他许多特征的犯罪人，也是一个男人或者女人，他(或她)可能改变，也会继续变好或者变坏，直到他(或她)死去的那一天为止。用安排好的死亡来剥夺其生命，就是将犯罪人完全与邪恶划等号，假设了坦普尔大主教交给上帝去确认的结论，甚至一个不那么虔诚的人都会否认这种假设。冒称国家拥有缩减人的生命的权利的法律，否定了犯罪人作出这些改变的权利，剥夺了其懊悔、反省、或者满足赎罪愿望的权利。于是，我们都成了失败者。我们都需要牢记，无论我们做了什么使我们不得不接受罪恶，我们仍然有能力作出改变，走向美好。

作为一名神学家，坦普尔大主教奠定了在适用报应刑罚的过程中，人们不应享有必须留待上帝享有的特权的原则。作为一名身份和权威都不如坦普尔大主教的刑事法学家和伦理学者，我认为，对十恶不赦的杀人犯执行死刑是与报应司法的真正功能——即否定所造之恶以及犯罪人与其作恶的社区之间达成预期的和解——相抵触的。当刑罚堕落至纯粹的复仇，犯罪人的全部犯罪行为被确认；也不存在任何理由来期待和解。当复仇表现为死刑的执行，社区清楚表明它既不期待补偿也不希望和解。没有和解的犯罪人是我们的敌人；一旦他被执行死刑，他仍然没有与我们和解，他是我们的死敌。

即便在杀人犯必须受到的最严厉的刑罚制裁措施上，构成报应司法结构的刑罚等级也不要求对其进行复仇。死刑只有在古希腊和古罗马的复仇司法实践中才能合理化。对报应司法而言，长期的监禁，有时甚至是终身监禁，就是对杀人犯的切合刑罚连续性的回应措施，这种刑罚方式正被如今的现代社会所采用。

坚持许可国家实施的刑罚要有一定限制这个原则，和解就会成为报应司法的最终阶段。不存在任何例外。假如存在例外的话，报应司法的例外就会永远变成针对敌人的复仇，而不是加诸一个冒犯了社区而社区希望与之和解的伙伴的报应。死刑是现代社会必须肃清的时代错误，以便报应司法程序可以确立社会秩序和团结，而非引燃敌意和对抗。

欧内斯特·范·登·哈格：

我无法说服自己将报应主义视为一种刑罚理论，或者任何其他理论。任何实际的“理论”必须要告诉我们一些东西，关于世界或者其中的任何部分，像什么，是什么，或者会像什么。或者退一万步来说，无论一种理论假定世界的任何部分是，曾是，或者将是什么，它都必须解释为什么世界的任何部分是，曾是，或者将是那样。一种理论必须说明或者解释最终可以以某种方式通过实验验证，或者可以通过观察得知的东西，由此来说明这种理论是正确或者不正确的。

报应主义者的“理论”对这些毫无建树。该理论确实告诉我们人们想要报偿。但是这种心理学上的事实并不是所谓的“报应主义”。“报应主义”确乎不仅是描述这种感觉的，它告诉我们，我们应当按照报应主义的要求行动，对那些“应受”特殊惩罚的人实施惩罚。这一类感觉并不是人们觉得应当报复的正确主张的自然结论。报应主义最终不过是一种通过隐喻衔接起来的感觉，表现得似乎是一种理论。报应主义是一个假装成解决方法（因为我们感觉如此；因为我们想要报偿；惩罚是应得的）的问题（为什么我们应当给予惩罚？）。理论可能会，也可能不会证明感觉的正当性。但是感觉本身只能说明其他感觉的正当性，感觉或许对于一个正当性理由来说是必要的，但是从来不是充分的。如果我们准备跟着感觉走，感觉就是需要被正当化的东西，感觉不是正当性的理由，它最多可以作为人们行为一个解释而已。 29

当然所有这些都不能说明报应错了。报应主义者提出了一个有趣的问题：“刑法的道德正当性何在？”但是报应主义者对问题的解答却只是对问题的同义反复，武断地认为：“由于（每当）应受惩罚，刑罚就是正当的。”很显然报应主义不会是正确的或者错误的：它是一种感觉，也仅仅是一种感觉。感觉跟判断或者理论不同，它们没有对错可言。结论可能有对错，但是报应主义提出来作为其结论的证据的东西，也惟有感觉而已。

与此相对，威慑理论，且不论其正确与否，则是一种理论：它关注的刑罚的效果问题（刑罚是否降低了犯罪率？），并作出了可测试的预言

(与没有刑罚的有效威胁相比较,刑罚确实降低了犯罪率犯罪率)。报应主义提出的问题(刑罚是否正确?)和威慑理论提出的问题(刑罚是否起到了预期的效果?)截然不同,其答案也是如此。两种解答无法调和,因为它们关注的是不同的主题。报应主义者追问的道德问题需要一个道德的回答,威慑理论提出的实际的问题需要实际的答案。阿尔夫·罗斯(Alf Ross)认为的尽量多的压制犯罪是正确的,虽然他还可以说得更清楚一些。

我再重申一次,报应主义者追问的是:什么是犯罪人在道德上应当承受的,然后他们回答:是惩罚。威慑理论家追问的是:什么可以降低犯罪率,其答案是:刑罚的有效威慑。

由于报应和威慑并不矛盾,也由于"报应主义"是人们普遍都会感觉到的、而且所有社会都必须满足的情绪的一种表达,所以它与威慑理论的共存也是有益处的。报应主义让人们能够接受控制犯罪率所必需的刑罚。报应主义不可能被证明正确与否,但是有些东西即便不能用科学方法证实,它们也有可能是正确的。尽管只有正确的东西可以被证明为正确,但是这并不代表只有能够被科学方法证实的东西才是正确的。科学关注的是可论证的真实,而不囊括所有的真实。即便从事物本质来看,道德真实无法被证明,但报应主义却可能在道德上是正确的。无论如何,法律必须在一定程度上照顾到报应主义者的感受,必须满足其看到罪行受到惩罚的愿望则是确定无疑——即便刑罚根本于事无补,甚至原本也没什么目的。如果法律没有惩罚给别人造成伤害的犯罪人,受害者可能就会蠢蠢欲动。(这一值得尊敬的论证是结果主义的;这不是报应主义者的论证方式,因为它不依赖于道德问题。)

30 希望看到罪行受惩罚是所有没有犯罪的人都有的感觉,因为他们看到,犯罪人利用了他们自己由于法律原因、害怕受惩罚而约束自己不去采用的方法,追求利益或者满足自己的愿望。假如犯罪人可以违犯了法律却不受惩罚,那么没有犯罪的人的自我约束就是枉然了。他们会觉得自己受到了愚弄。因此,就有必要对犯罪人进行惩罚,以便证明没有犯罪的人的自我约束是正确的。换一种方式来说,犯罪人和没有犯罪的人

不同,他们不按法律规则行事,从而利用了循规蹈矩的人。如果想让别人继续遵守规则,那么就必须剥夺他的违法所得的好处。在没有犯罪的人看来,犯罪人得到的好处必须通过他遭受的惩罚来抵消。至少在心理层面上来看,刑罚是恢复性的;它将犯罪人得到的好处返还给按法律规则行事的人。对报应主义者的感情用事的非报应主义者式的解释,并没有证明报应主义是合理的,既没有证明其合理,也没有证明其不合理。这种解释与道德的合理性毫不相关。它仅仅解释了报应主义的起源及其效用。

人们普遍都有的报应的愿望,从心理学上很容易解释,从而,也不存在从结果主义者的观点来看的对这种愿望予以满足的社会需求。因此,与康拉德教授所说的恰恰相反,尽管报应主义可能向我们证明了我们为什么实施刑罚,但是它并未解释我们为什么要实施刑罚。报应主义并未给出它自认为已经呈现给大家的道德论据。报应主义也几乎没有告诉我们应当适用哪些刑罚,甚至在对于是否应当实施死刑问题上什么也没有说。

现在,让我来探讨一下康拉德教授的论述的某些细节。在没有一个法定刑罚的社会,他告诉我们,"对于恶人的唯一惩罚将是良心不安……,罪恶感和羞耻之心的折磨……"我认为一个没有刑罚的社会根本不可能存在。但是假如这样的社会真的存在的话,我怀疑"恶人"根本不可能"良心不安"。詹姆斯·菲茨詹姆斯·斯蒂芬爵士(Sir James Fitzjames Stephen)论述过这一问题。他写道:"有些人不去杀人,或许是因为他们害怕如果他们杀了人,他们会被绞死。成千上万的人不杀人是因为他们觉得杀人很恐怖。而他们之所以觉得杀人很恐怖,一个极大的原因就是因为那些杀人犯都被绞死了。"〔14〕

詹姆斯爵士指出,感觉恐怖(以及显而易见的罪恶感和良心不安)的"一个极大的原因"就是刑罚。有些事情会受到惩罚,是因为这些事情在本质上就让人觉得是邪恶的[本性错误的(*malum in se*)],但是正如

---

〔14〕 J. F. Stephen, *A History of the Criminal Law in England*, London: Macmillan, 1863.

詹姆斯爵士所强调指出的，一项犯罪也往往因为从远古时期开始就会受到惩罚，因为它属于法律禁止的不法行为（*malum prohibitum*）而被人们认为是邪恶的。无论如何，良心作为一种惩罚手段，不大可能是那么有效的，除非还有公认的类似法定刑罚的习惯法。至少良心不能独立于法律而存在，正如法律也离不开良心。康拉德教授认为两者可以独立存在的观点，我是深表怀疑的。

31

我不认为社会团结有赖于“奖赏与惩罚的均衡”。历史上没有任何相关证据——我对此也一无所知——除非“均衡”只是如此含混的界定为包含任何社会都会发生的全部事情。我甚至无法确定“均衡”的感觉是否有必要。印度人一直忍受着我们认为不公平的东西——世袭的等级制度——他们都觉得，人们的待遇最终都是由轮回（灵魂转世）决定自己应得的身份所确定的。他们对于生活中显而易见的不“均衡”没有多少反对的意思。正如许多宗教一样，他们将“均衡”寄托于来世。这个世界的确必须有某种关于社会正义的感觉——但是这种感觉是非常具有弹性的：纳粹党觉得纳粹主义很正义。至少，“社会团结”在纳粹当道的社会里的确也是存在的。

我不能明白康拉德教授为什么说：“对于那些不了解历史的人来说，这样的（人人得其所的）乌托邦如今似乎比以前显得更加遥远了。”难道这样的乌托邦曾经触手可及过吗？那是什么时候的事？那人们为什么必须是“不那么了解历史”才会相信乌托邦“似乎比以前显得更加遥远”？我的历史知识告诉我，乌托邦一直都远在天边，只是一个幻想而已。那么又是为什么“每个历史学家都必然会怀疑为什么乌托邦的观念如此深入人心”？事实果然如此吗？乌托邦的观点不该这么有影响力吗？什么时候这个观点会变得不那么有影响力？“了解历史”的那些人与大众有不同想法吗？为什么？他们的想法对吗？

康拉德教授接着又说：“在我们的社会公共机构中，惟有刑事司法体制需要违背这些基本的原则（即不得伤害他人）。”我从不知道有什么“基本的原则”反对惩罚。我们惩罚（施加痛苦、剥夺权利，或者使他蒙羞）孩子或者任何因为做了坏事而有罪的人。我也不知道有什么“宗教

和道德"的教条反对这种惩罚的习惯或者惩罚犯罪人的行为。我觉得不惩罚这些人，是不公正的也不道德的——甚至还会产生相反的效果。

很显然，康拉德教授认为的"无论是动机的合理化程度，或者诉诸高贵的目标，甚或对犯罪行为的深恶痛绝，都无法将我们对犯罪人故意施加伤害（刑罚）的经过，演变成一个善良的过程"，是错误的，尽管有多数人也都这样想。我不太明白"善良的过程"是什么意思，但是我十分乐意去证明刑罚的社会效果对社会来说是"善良的"，有帮助的，有所裨益的（译者注：原文为 salutory，疑为 salutary），就像痛苦的外科手术一样，虽然对于刑罚来说，好处并没有，或者主要不是，体现在病人自己身上。实际上，遭受惩罚的结果，无论是对孩子还是对与许多成年人来说，多半都是有利的。认为上帝会惩罚恶人（在炼狱洗清原罪，或者永堕地狱）的宗教，显然也教育人们上帝是仁慈的。 32

至于犯罪人，报应主义者——康拉德教授声明他本人也是其中之一——通常都觉得，无论是为了犯罪人，还是为了社会道德，刑罚都是必需的。功利主义者认为刑罚是必要的恶，其目的是为了得到其意图产生的社会利益。这种观点并不是那么得报应主义。报应主义者通常都认为刑罚在本质上就是好的。伊曼纽尔·康德甚至认为，社会拥有实施刑罚的道德义务，包括对犯罪人实施死刑，是犯罪人作为道德动物（作为我们的人类同伴）的首要义务。[15] 康德认为，犯罪人必须理性地认识到（如果让他来起草法律，他会准许杀人，盗窃，或者欺诈吗?）自己行为的错误，他的行为要求对他实施他应得的惩罚。社会有义务来实施惩罚。康德表示，剥夺对犯罪人的惩罚，也就意味着剥夺了他们被作为理性的和有责任的、有权得到他们应得的东西的人来对待的权利。如今，我不同意康德的看法。我不是一个报应主义者。而康拉德教授却是。但是作为报应主义者的他，又不能赞同刑罚是罪行的当然结果，而反过来，谴责刑罚——按照我的理解——认为刑罚是恶性的，不道德的。

康拉德教授把康德认为刑罚作为一种"绝对命令"，是维持道德秩

---

〔15〕 G·W·F·黑格尔明确表示犯罪人有被处罚的权利。

序的要求,刑罚不能也不需要进一步被证明具有正当性的观点,看作是“肤浅的”。然而,康德至少明确又完整地表达出了威廉·坦普尔——康拉德教授满是溢美之辞地引用了后者的说法——用另一种说法混乱地表达出的观点:报应的刑罚“将刑罚的受害人作为……道德的媒介”,以此来对罪行作出否定,从而支撑起道德秩序。正如康德认为,法定刑罚的依据必是存在于刑罚之外的(inter alia)。但是我实在是没有搞懂,无论康德说的是对是错,坦普尔对报应的刑罚的正当性证明又在哪一点上超越了康德给出的说法。此外,正如坦普尔进一步说明的,刑罚对于社会是有益的,它保全了社区的品格,这种观点最多只是一种功利主义的观点。报应主义的观点是不论刑罚有益与否,都必须证明其正当性。从这一点看来,大主教只是更唠叨一些,却没有比康德说得更有道理。

康拉德教授声称,“报应主义者的立场,……是我证明刑罚正当性所必需的全部。……犯罪人必然要受到惩罚。”康拉德似乎并没有意识到,这不是他想要的证据,而恰恰是他应当去证明的东西。但是他在这里还暴露了一个完全的误解,他补充说“功利主义的目标没有实现”(就好像如果真是这样,报应主义就正确了似的),……“因为有大量人逃过了惩罚”。刑罚的未充分实施并不能让刑罚变成错的,也不能让它无效。而且,康拉德教授声称功利主义的目标没有实现,也是误解了目标本身。如果目标是要通过惩罚所有的犯罪人,来防止所有犯罪,或者防止所有人去违犯任何的罪行,目标就变成了一项不可能的任务。目标只是要通过刑罚的有效威胁,来阻止绝大多数人在绝大多数时间里不去犯绝大多数的犯罪。犯罪是通过实际施加于少数被确认有罪的犯罪人身上的刑罚的威胁,而被阻止的。这一目标已经实现了——绝大多数人在绝大多数时间里都没有犯罪——虽然没有完完全全地实现,部分是由于刑罚包括死刑,没有充分地实施,施加在太少人身上,实施得太晚,太仁慈。

康拉德教授从等量报复法则中,得出康德支持作为报应的死刑,康拉德认为等量报复法则影响了康德生活其间的普鲁士法律。但是等量报复法则却是人们普遍接受的作为报应的首选的(虽然不是唯一的)衡量尺度。因此,既不是普鲁士人也是不是康德主义者的托马斯·杰斐逊

(Thomas Jefferson),在其起草的1779年"罪刑均衡法案"(Bill for Proportioning Crimes and Punishments)中写道:

> 任何人犯下强奸、重婚,以及对男人或女人鸡奸的罪行,都将受到处罚,男人处以阉刑,女人则处以在鼻子软骨上切开至少直径半英寸的一个孔的刑罚。任何人导致他人残废,或者毁坏他人容貌的,……将处以同样的残废,或者毁容之刑;或者如果由于犯罪人缺少某些部分而无法实施这样的刑罚时,那么就执行其身体的至少同等价值的其他部分。

康拉德教授说对了一点:等量报复法则无法切实适用。虽然对于报应主义者而言,该法则保持着衡量刑罚轻重的作用:虽然由于我们不能从窃贼那里偷东西回来,不能强奸强奸犯,也不能去欺骗那些实施了欺诈的人,刑罚的形式可能与犯罪的形式有所差别,但是刑罚的严厉程度要和罪行的严重程度成比例。而且,对于有些犯罪我们也可以施加一些类似的惩罚。这是报应主义者的观点的本质使然。因此,我们可以对实施了金钱方面罪行的人进行罚款,把实施了谋杀的人处死。但是对于处死杀人犯的观点——报应主义与否,将在后文中进行讨论——尽管可以在等量报复法则中找到证据支持,但是并不以此法则为依据。

34

我不能对康拉德教授提出的由于许多国家都已经废除了死刑,所以我们也应当废除的观点给予诸多重视。如果许多国家都追随了苏联的榜样,创立起残酷的集中营,我们是否也要跟随?我们国家的决定是否要跟随国家的潮流,或者我们的决定是否应当建立在我们所认可的理性的基础上,而不论其他国家是否如此?

同样很值得怀疑的一个反对死刑的理由是康拉德教授强调的执行死刑的费用问题。这种费用并不是刑罚本身固有的,而是法官基于一些理由所强加的,这些理由在后来往往妨碍了死刑的执行。这项费用是无论如何都可以在既不损害有罪或者无罪的判断,也能正确适用法律的情况下缩减的。更有甚者,与康拉德的意见相反,将一名犯罪人终身或者几乎终身监禁并不比对他执行死刑要更为省钱。这名犯罪人会一直上诉,制造出和确认他有罪、判处其死刑一样巨大的费用。他活着,且无事

可做,他就会花费他蹲在监狱里的全部时间,来想想还有没有新的人身保护令可以申请到,由于人身保护令是不受限制的,其结果是,既决事项不再理原则(*res judicata*)也不能将其否决。很有可能,费用反而会更高。但是无论如何我都不认为,在这里费用是一个决定性的论据。

康拉德教授还针对对抗制体系提出了一项在我看来也言之成理的证据,或者至少他已提及了这个问题。但是他漏掉了这个环节:告诉我们为什么这一论据特别适用于死刑审判,而不是所有的刑事审判程序。更重要的是,他没有提出任何的替代性措施来取代我们法庭的对抗制。我所知道的唯一的替代性措施就是欧洲大陆的由治安法官主持的预审制度。[16] 对于(以及针对)哪一种制度,都有很多需要讨论的东西——但是为什么要在一场关于死刑的报应主义的合理性的讨论中说它呢?

康拉德教授还有些毫无理由地,认为,那些被确认有罪的杀人犯自愿选择死刑而不是终身监禁是因为他们觉得终身监禁比死刑更糟。或许是这样。但是为什么人们就不觉得,尤其是对像康拉德教授这样的一个报应主义者来说,有些罪犯实际上觉得死刑的确比终身监禁更糟糕,但是他们恰恰由于这个原因而选择死刑,因为他们觉得自己罪有应得。

35 康拉德认为,刑事司法系统的目标应当是赎罪和改造。从宗教,或甚至是道德的观点来看,赎罪当然是值得去做的,但是我不能理解政府如何能够导致犯罪人赎罪,或确定犯罪人会赎罪。我还认为赎罪不是法律的任务。在过去,让犯罪人赎罪的尝试导致了酷刑,康拉德教授对此的谴责并不亚于我。另一方面,改造而不是刑罚——改造可能为受害者和社会,补偿其受到的伤害,但是从报应主义者的观点来看,它并没有惩罚犯罪人。我不赞同康拉德教授的看法,我不能理解,内森·利奥波德(Nathan Leopold)的教育活动怎么就成了对他所实施的谋杀行为的惩罚,或者改造了。归还你拿走的东西,那是补偿,而不是刑罚。但是你如何归还你夺走的生命?

---

〔16〕 这里的"审问(Inquisitorial)"一词来自于质询(inquiry),不能与臭名昭著的宗教裁判所(inquisition)相混淆。

康拉德教授用了一系列在逻辑上很值得怀疑的断言来做总结。他写道："对报应司法(区别于复仇司法)而言,长期的监禁,……就是适合刑罚连续性的回答了,在如今的现代社会中这种刑罚方式正被采用。"我们真的这样做了吗？为什么我们要这样做？我们又为什么一定要全力以赴维护"刑罚连续性"？由于谋杀罪不同于其他犯罪,诸如欺诈或者盗窃,所以我们用一种非连续性的刑罚把谋杀罪划分出来,这是否也说得通呢？我们真的能够把谋杀看作扒窃行为的加重形式来对待吗？为什么其他的刑罚方式可以用报应一说证明其合理性,而死刑却不可以？

"当死刑被执行,社区清楚表明它既不期待补偿也不希望和解。"社区并没有以死刑的执行来清楚表明它"既不期待补偿也不希望和解"。补偿与和解在死刑执行之前就可能已经发生了,而且甚至有可能恰是因为死刑的迫近而促使了补偿与和解的发生。两者都无法成为放弃死刑的理由。

"冒称国家拥有缩减人的生命的权利的法律,否定了犯罪人……改变的权利……"国家的死刑执行权确实是否定了犯罪人的"改变的权利",也即生存的权利。犯罪早就放弃了这项权利,在受害者面前否定了自己的生存权,因此法律否定其生存权,正如法律否定其他犯罪人的自由一样。康拉德教授并没有告诉我们,为什么法律就不能把生存的权利看作是由于他们犯了罪而丧失掉的权利呢。

"剥夺(罪犯的)生命,就是将(他)完全与邪恶划等号,……"但是从报应主义者的立场来看,死刑执行并没有将犯罪人设定为"完全等同于""邪恶"。死刑执行只不过是认定其罪行足够确信,可以对罪犯的良好品质(他可能爱护动物,热爱他的母亲等)忽略不计。如果犯罪足够严重,如果他触犯的是可以判处死刑的犯罪,那么其他事物都变得不那么重要了。死刑从来不要求把犯罪人完全与邪恶划等号——无论这个词是什么意思也好;只要求他犯了足够恶劣的罪行。

约翰·P·康拉德:

36

理论有着许多表现形式,它们在许多方面促进了知识的进步。与刑

事司法领域的许多作者一样,我把报应主义作为一种刑罚理论提出来。在此,我仍不会放弃使用该理论。无论一种理论是基于什么目的被阐述出来,或者无论其结构如何复杂,它都必须与所有其他理论有共同的解释目标。根据这一定义,报应主义是一种理论。我还希望在本段反驳中证明,报应主义是比范·登·哈格博士认为的要复杂得多的理论。

我们有很多方法可以清晰阐明这种理论;其目的是说明我们为什么要适用刑罚。一种最简短的可能的解释可见之于安东尼·昆顿(Anthony Quinton)的论文"论刑罚"(On Punishment)。[17] 昆顿强调说,报应主义者的立场是合乎逻辑的——而非合乎道德的,他还进一步论证了刑罚是罪行的结果。如果犯罪人被发现有罪,那么他就要受到惩罚。

我并不认为这一主张的真实性是不证自明的。我需要理由来支持它,而并不仅仅是语词上的均衡(symmetry)。因此,我要补充该主张的四项要素,以便更好地解释这一主张。

第一,我坚持法国伟大的社会学家爱弥尔·迪尔凯姆(Emile Durkheim)的观点,即社会团结要求犯罪行为必须被否定。[18] 如果裁决有罪的行为却没有伴随相应的后果,那么犯罪行为得到宽恕,社会团结就受到了损害。对犯罪的经常的宽恕会以社会行为标准的瓦解而告终。我认为很显然,这种互动在我国的一些主要城市里有所体现,在这些城市里,犯罪的大量发生已经使得刑事司法体制不堪重负。当重罪控诉经过辩诉交易达成了虚构的轻罪控诉,以便减少法院的待决案件的时候,或者由于警察无法提供成功起诉一名犯罪人所需要完整的证据链条时,地区检察官不得不请求中止起诉(*nolle prosequi*)的时候,犯罪就得到了宽恕。就我所知,还没有人对这些背离正义的行为的后果进行过严峻的分析,但是这些行为显然对于刑事司法体制的普遍有效无所建树。

我承认,这种对于违背法律行为的后果的强调趋向于功利主义学

---

〔17〕 Anthony M. Quinton, "On Punishment," in The *Philosophy of Punishment*, ed. H. B. Acton, London: Macmillan, 1969, pp. 55 – 64.

〔18〕 Emile Durkheim, *The Division of Labor in Society*, trans. George Simpson, New York: The Free Press, 1933, pp. 85 – 96.

说。这没有关系。正如迪尔凯姆所要求的，谴责犯罪行为，也是在威慑犯罪。我认为谴责犯罪具有优先的重要地位，因为我相信，关于特定行为在本质上是犯罪的社会团结，对于司法来说具有首要的优先性。其他人，包括我的辩论对手，也许不同意我的看法。我将保留到下一章再来论述威吓、剥夺犯罪能力、改造罪犯，以及威慑犯罪等功利主义的目标，但是我也很乐意承认，如果刑法威慑了犯罪，同时它也已经谴责了犯罪。 37

第二个要素就是结果主义。范·登·哈格教授抱怨说结果主义不是报应主义的论据，因为结果主义与道德问题无关。我觉得这样的异议是微弱的，特别是（译者注：原文为 expecially，疑为 especially）就报应主义立场的逻辑本质而言。但是结果主义是我关于报应主义的观点的本质要素，我不会轻易在其本质特征方面作出让步。任何稳定的社会都必须依靠激励的分配让人们遵守规则追求成就，依靠刑罚的分配来对付那些选择不遵守法律的人。如果社会价值必须通过顺从与不顺从所得到的结果不同来支撑，那么对于犯罪的报应就必然是庞大的社会公正体制的一部分，但是仅仅是一部分。报应不仅仅是人们需要的——在任何已知社会都需要报应——而且它还是任何社会价值所必需的支持要素。

报应主义理论的第三个要素与犯罪人的社会地位有关。报应主义者假设如果犯罪人的精神状况适合接受审判，那么他就有能力在正确与错误之间作出选择。他是道德的代表，是人类环境的完全参与人。他不是病人，他也不是不应负责任的人，他也不是改造对象除非他选择改造他自己。报应主义肯定了犯罪人的完全的人性，当然，要把儿童和精神病患者排除在外，这些人对其犯罪行为的责任“被减轻”了。

第四个考量是报应主义要求犯罪人不能从其罪行中得利。通过充分的惩罚活动，刑事司法体制保证了犯罪人获得的或者希望获得的任何好处都被刑罚抵消了。

只要愿意，我的对手可以用充分的理由来否定报应定义是一种理论。但我认为假如没有这种理论进路的话，刑罚的普适性就无法解释清楚。我承认，要想出办法来对这一理论进行经验主义的提炼，是相当困难的。确实，这一理论或许会陷入某种真实的真理中去，这些真理是真

实的——正如我的辩论对手所正确地指出的那样——即便无法用科学方法来论证。

因此,报应主义是一种合乎逻辑的观念体系,不含任何道德的正当性。我们实施刑罚,是因为犯罪人有罪,我们认为惩罚活动是正当的,是因为假如社会要维持其团结就需要一种结果体系。

但是一旦我们确立了报应主义立场对于其他所有考量因素的首要地位,我们就要直接导入我们在本次论辩中所关注的棘手的道德问题。38 如果可以基于我所罗列的那些理由,允许国家对公民施加伤害,那么以刑罚之名造成的伤害之上必须有哪些限制?所有的国家都要惩罚被确定为罪犯的人。所有的国家都承认法制必须对允许实施的刑罚种类作出限制,即便众所周知许多国家并没有而且也不会遵守自己的法律原则。但是应当用哪些原则来限制刑罚?

康德根据等量报复法则,提出了比例性原则。他认识到,古罗马法可能是证明须对谋杀判处死刑的一个令人满意的合理理由,但是要进一步深化这一原则就存在巨大的困难。他强调,"对犯罪人的处死必须完全不使用虐待,因为虐待会让遭受此痛苦的人憎恨人类。"[19]他也承认,许多犯罪不能进行类似他看到的谋杀与死刑之间的简单互换。新康德学派已经找到了让犯罪与刑法体系相协调的方法。作为新康德学派的一员,杰弗里·墨菲(Jeffrie Murphy)指出,康德对于等量报复法则的依赖产生了司法执行活动中的比例性观念——实际上,这也是所有现代刑事立法的基础性原则。[20]

这一原则就是罪刑相适应的观念。在一定的范围内,立法者会计算出一系列的等级,谋杀是其中最严重的犯罪,由此稍轻微一些的犯罪可以按照一定的比例给以稍轻微的刑罚。我猜想康德可能会对此推导过程感到吃惊,可能会否认新康德学派的这一成果与自己有关。然而,比

---

〔19〕 Immanuel Kant, *The Metaphysical Elements of Justice*, trans. John Ladd, Indianapolis: Bobbs - Merrill, 1965, p. 102.

〔20〕 Jeffrie G. Murphy, *Retribution, Justice, and Therapy*, Dordrecht, Holland: D. Reidel Publishing Company, 1979, pp. 232 - 233.

例性原则中没有任何要求谋杀必须被判处死刑的内容。比例性的所有要求,只是谋杀必须施以刑罚等级上的最严厉的惩罚。精确依照等量报复法则即便在罗马法早期也是不实际的;它也曾被黑格尔嘲笑过。[21]

范·登·哈格教授在其反驳中具体质疑了我的几点理由。其中有些质疑放在关于威慑问题的讨论中来谈更合适一些,我会把这些问题留到那一章来谈。还有一些,我在最初的论证中已经说完,没有什么要补充的了。同时,为了澄清和巩固我的基本观点,我选择了 12 点异议进行了进一步的对话。现在我按照异议在我的辩论对手的反驳中出现的顺序,开始逐一探讨这些异议。

良心能够独立于法律而存在吗? 这个问题对我的观点来说不是最重要的,但是也需要一个答案。在社会发展的任何阶段,罪行与羞耻在文化上的普遍存在让我们想起,在法律之外,还有不依赖于正式的立法而存在的道德。道德产生于社会内部的交互作用。由于这些交互作用的种类与性质的不断转换,道德的侧重点也时有变化。荷马(Homer), 39 古希腊悲剧,或者《埃涅伊德》的读者始终在聆听良心的警告与违背良心会承受的痛苦,但是没有听到任何与法律有关的东西。在我们的时代,法律对于家庭或朋友之间的谎言或者背叛三缄其口,但是欺骗了他人的人却要接受良心的叩问。遍观历史,谋杀永远是谋杀。我所知道的杀人犯都不得不消灭自己的良心,这不是由于法律,而是由于罪恶感或者羞耻感或者两者兼而有之。我始终都记得康德的格言:“有两件事情日久弥新地萦绕在我的头脑中,且让我的惊奇和敬畏与日俱增……,就是,头顶的星空和内心的道德律。”[22] 我们可以用许多方式来解释这种道德法则,但是我们对于道德法则的责任是独立于立法机关颁布的正式

---

〔21〕 Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *The Philosophy of Right*, trans. T. M. Knox, Oxford: Oxford University Press, 1942, p. 72. “要证明刑罚的报应主义特征的荒谬性实在太容易不过(以偷窃对待偷窃,以抢劫回报抢劫,以眼还眼,以牙还牙,然后你还可以继续假设要是犯罪人只有一只眼睛,或者没有牙齿该怎么办)。但是报应主义的观念与这种荒谬无关,对此,这种特定化的平等的介绍才是唯一需要谴责的。”

〔22〕 Immanuel Kant, *Critique of Practical Reason*. trans. Lewis White Beck, Indianapolis: Bobbs - Merriil, 1956, p. 166.

的法律的。如果不是这样的话,我们的社会秩序将会比现在更加不稳定。

奖赏与惩罚的均衡。我并没有主张在这个或者任何其他社会里确立奖赏与惩罚之间的精确的或者甚至是近似的均衡。我只是认为,社会正义的品质有赖于奖赏与惩罚在分配上的大致均衡。社会稳定会随着公民个人所得与所失的分配的不公平程度的增加而恶化。

关于伤害的施加。不存在反对刑罚的基础指令。但是对于所有的宗教来说有一条普遍适用的基本原则是,一个人要别人如何待他,他也应该要求自己一样待别人。即便是我们这个时代的世俗主义,也没有腐蚀掉这条金箴(Golden Rule)。我们必须使刑罚与这一指令相适应;所有希望证明刑罚合理性的人都不能逃避这个职责。我们可能会给他人施加伤害,作为谴责违法行为的一种方式,但是在施加伤害的时候,我们必须谨慎地限定我们所造成的伤害。这些界限有赖于我们必须找到的一些原则来完成,如今我正竭力去寻找。

刑罚的界限也受到对官方施加的伤害的集体容忍程度的限定。关于这一点,迪尔凯姆的观点具有指导意义。在其著作《刑罚演进的两条法则》(*Two Laws of Penal Evolution*)中,他提出,刑法史上的任何观点最后都得出了两个结论:①“当社会处于较落后的类型时——也即是中央权力更具有绝对性品格的时候”,严厉的刑罚的数量“更多一些”;②“剥夺自由且仅剥夺自由的自由刑日益成为镇压犯罪的常规刑罚类型,剥夺自由的时间段,都依照犯罪的严重程度而变化。”[23]

40

在我看来,这两条“法则”都是站得住脚的。我们只须看一看苏联所适用的刑罚,考察一下其中央权力的绝对品格就可以证明第①条所言非虚。至于第②点,想一想19世纪初期在英格兰可以执行死刑的208种犯罪,再对比一下今天这个国家对死刑的彻底废除。

迪尔凯姆为这两个结论做了如下阐释:

---

〔23〕 Quoted in Steven Lukes, *Emile Durkheim*; *His Life and Work* , London: Allen Lane The Penguin Press, 1973, pp. 258 – 259.

> 调和作为刑罚的灵魂的集体愤怒的，是我们对于每个人的遭遇的同情，是所有具有破坏性的暴力在我们中间制造出来的恐惧……同样的精神情感状态驱使着我们去惩罚犯罪又去调和刑罚的严厉程度……通过侵犯犯罪人的人格来为受害人的受到侵犯的人格尊严复仇，其间存在一个真实的无法挽救的矛盾。唯一存在的，不是消除矛盾（原文为 antimony，疑为 antinomy.——译者注）（因为它确实无法解决）的方法，而是缓解矛盾的方法，就是尽量将刑罚减轻。

监狱一直以来尽量远离人们的生活，死刑执行曾经在公开场合进行，现在也已经成为了私下举行的事务，只有有限的几个必须参加的人员。在当代美国是否每个人都希望减轻刑罚，是极其值得怀疑的，但是监狱改革运动的活力，以及废除死刑的动力，证明了在一大批美国公民的头脑里，存在这个"真实的不可挽救的矛盾"。

刑罚能是善良的吗？就黑格尔（Hegel）所提出的和康德所暗示的，犯罪人有权受到惩罚。这一权利（几乎没有犯罪人想去使用的一项权利），是作为道德代表的人，有能力选择而在对与错之间作出了选择的人，应当享有的权利——与儿童或者精神病患者相比较，后者没有这项权利。假如在报应主义者的刑罚立场中保留这项权利是善良的、好的，那么我觉得刑罚也应当被认为是良性的、好的——尽管我知道即便有，也很少有犯罪人会觉得这是仁慈的。对于我所认识的几乎所有犯罪人来说，监禁是一种没有明显预期利益的活着的体验。

当然，对于社会来说，刑罚是，或者应当是一个善良的过程。我恰好与范·登·哈格都同意报应主义者的立场必须承认这一点。简而言之，刑罚必然有害于犯罪人本人的利益（除了从技术上看他的受惩罚的权利得到了保障以外），但是也必然有利于社会。

为坦普尔大主教辩护。我认为和康德的《司法形而上学》一书的散漫又不连贯的陈述相比，大主教的表达是非常清晰的。如果范·登·哈格博士认为大主教的观点是乱七八糟的，或者没有创意的，那么他就是没有弄清楚什么叫乱七八糟，而且他也没有告诉我们坦普尔大主教的观点是从谁那里抄过来的。我发现了大主教的观点和爱弥尔·迪尔凯姆

的报应主义观点有很紧密的相似之处，后者的观点我已经详细地间接提到过。我觉得对于我，还有绝大多数读者来说，比起迪尔凯姆的浮夸的分析，坦普尔的明晰的行文要更容易理解得多。

据我对康德与黑格尔关于相关论题的阅读和理解，他们的报应主义理论是建立在一种观点之上的，即刑罚“否定”了犯罪人“对法律的否定”。坦普尔在文辞上的改进是有益的。国家通过惩罚犯罪人来否定犯罪行为。犯罪人可以得到原谅，但是他的行为不能被宽恕。如果刑罚并没有紧随犯罪而来，那么犯罪无疑就被宽恕了。我想，坦普尔并不是第一个说这种话的人，但是他最充分又最清晰地表达了这种看法。

功利主义目标的没有达成。在我们这些章节的论辩中，关于功利主义理论要说的还有很多。我在这里只想重复一点，即，这些目标的确不是以对犯罪率的高低造成明显影响的方式来达成的。但是这并不意味着完成这些目标的努力没有效果。也不意味着刑事司法体制并不像公众所期望的那样有效。其有效的程度可能无法通过提高司法体制本身的效率来达到。我再重复一遍，比刑事司法体制的表面上的无效更让我更加不安的，是我们由于没有否定犯罪而似乎宽恕了犯罪。

关于对抗制体系。对抗制正在受到不可避免地发生的辩诉交易和其他一些协商司法的悄然侵蚀。现在典型的对抗式对质最突出地发生在指控谋杀的审判中，涉案被告人的生命岌岌可危。最引人不快的特征并非这些案件的经济成本——虽然在我国，经济成本之高已经达到了非常可耻且不可思议的地步，而是案件变成了媒体和公共娱乐界所参与的冗长游戏。犯罪的严重性的考虑和对犯罪人的适当处理都在对抗双方的辩护策略下隐藏了起来。

我从未想过要废除对抗制（虽然我也看不见对抗制有什么光明的前途），我只是想清除对抗制的现存的一些赘生物。对抗制是仿效英国法庭设计的，同样的原则支配着英国法庭，但是在我们的审判中出现的对原则的如此明显的滥用，在英国却普遍被避免了。我不否认大陆法中的纠问制也可以完成司法公正，但是我看不出那种制度怎么能成功移植到实行盎格鲁－撒克逊普通法的国家中来。

关于死刑和终身监禁的比较。我不是不可能相信,即使有的犯罪人觉得死刑比终身监禁更糟糕,但是他们还觉得自己应当被判处死刑。曾经有几个死囚对我表达过这种想法,我也相信他们所说的。几个非常例外的案子。到目前为止,我认识的绝大多数的杀人犯都在有机会改判终身监禁的时候,非常热切地接受这种替刑措施。无论他们觉得自己多么罪有应得,他们还是会否认自己的案子有必要判处死刑。 42

关于赎罪。不,赎罪不是一项法律任务。政府也不能强迫犯罪人赎罪。如果犯罪人活着——正如内森·利奥波德(Nathan Leopold)与其他许多人的案例一样,他可能会——通过他的生命的质量及其对大众福利的贡献——赎罪,或者作出赔偿。在杀人犯的案子中,那是他所能做的全部;他无法归还他所夺走的生命。但是通过他的赎罪,杀人犯也可以向我们证明邪恶也并不必然是无法清除的东西。如果那些犯下了最糟糕的犯罪的人能够赎罪,那么对于我们来说,也代表着一种希望,并没有像犯罪人那样显著的缺点的我们,也有可能改善自己的生活。

刑罚的连续性。这种连续性是一种在美国长期存在的真实情况。只有一小部分被确认有罪的犯罪人一路前行走进了我们的监狱死囚牢房中,其中许多人最终成功地避免了绞刑架、电椅、毒气室,或者注射(感谢上帝!)。相对于具有连续性的监禁而言,死刑已经成为了一种例外。这种例外过多地是由于刑罚的任性、偏见,以及辩护律师的无能所造成的。以最高刑为终身监禁来确立"刑罚的连续性",我们就可以排除死刑及其不可回转的特性所带来的司法不公,而同时也没有在任何方面减少报应主义者所要求的对犯罪的谴责。

赎罪与和解的否定。范·登·哈格教授推测,在等待执行的期间,犯罪人可以赎罪,如果不是对社会和解,那么也可以与自身的命运达成和解。我承认,在精神意义上来说,这是可能的。他们的这种和解与赎罪必然是非常私密的体验,只有死刑犯本人及其接受忏悔的牧师才知道。我的短文中已经表达得很清楚,我所说的赎罪与和解都不是在这种非世俗的意义上的。

罪恶的推定。"完全与邪恶划等号"是一种无法挽回的状况。坦普

43 尔大主教不愿意承认这种推定可留待人类来判断。只有上帝才有权说谁彻彻底底地邪恶。那是神学意义上的东西,作为一个没有受过神学训练的人,我不能说神学家在这一点上达到了多大程度的共识。但是作为一名刑法学家,我认为这一点即便没有神学上的背景,也已经被许多人接受。整个的犯罪学研究都必须建立在对我们所有人人性的乐观假设之上,即便是最邪恶的,也是有可能被改造的。如果我们否定了对极少数有着恐怖行为的人的这种假设,那么我们也可以对其他任何人的人性产生怀疑。

从罗马共和国的《十二铜表法》与有说服力的圣经《利未记》开始,报应主义的思想就广为流传。在康德与黑格尔的名不虚传的解说之后,报应主义思想又进一步完善了。真正的报应主义司法体制不需要刽子手。恰恰相反,以公正之名所为的野蛮行径,丑化了公正。

欧内斯特·范·登·哈格:

康拉德恰当地,但是又过于拐弯抹角地,指出安东尼·昆顿(Anthony Quinton)并未提供一种刑罚理论,而只是揭示出我们紧接着在有罪一词之后,使用了刑罚一词。这一点很有趣,但是对于证明报应主义的正当性或者其他,毫无帮助。

44 康拉德对爱弥尔·迪尔凯姆的解释是正确的,迪尔凯姆认为刑罚是维持社会团结的需要,如果法律没有通过惩罚违法者而得以执行,社会团结就会受到侵害。但是正如康拉德也半推半就地承认的,这一点,与自称是其忠实信徒的报应主义理论毫无关联。迪尔凯姆揭示出刑罚在全社会中是有用的,而不像报应主义者所认为的,是道义上的要求。与康拉德一样,我也同意迪尔凯姆的观点。但是康拉德应当认识到,迪尔凯姆的论据与报应主义者的观点无关。如果道德性被认为独立于包括效用在内的刑罚效果的话,那么任何的效果都与刑罚道德性没有关系。报应主义者都是这样设想的。他们认为刑罚是道德的要求,而不是降低犯罪率的有效措施。退一万步说,他们认为刑罚的必要性是独立于其有效性的。

康拉德继续解释说,尽管他是一个报应主义者,他也和功利主义者一样喜欢看到刑罚的效果。这让我想起了我的一个朋友,他是个狂热的无神论者,有一次他偶然说到,"我当然也信仰上帝"。很好,正如拉尔夫·沃尔多·爱默生(Ralph Waldo Emerson)所说的那样,[24]这就是"令人讨厌的小人物身上具有愚蠢的一致性"。康拉德教授没有罪,他既非愚蠢也未保持一致。

我同意康拉德教授的关于犯罪人责任的看法,刑事责任是维持社会价值的要求,戒除犯罪人希望通过犯罪得到的利益。这些观点是威慑理论和报应主义理论共有的。除非潜在的犯罪人能够约束自己的行为,除非潜在的犯罪人要为自己的行为负责任,否则潜在的犯罪人就不能被威慑;法律的存在只是要维持社会价值;假如犯罪人能够从犯罪中获利,潜在的犯罪人就不能受威慑而打消犯罪企图。康拉德认为比例性原则(或罪刑均衡原则)不要求有死刑,或者比例原则没有要求任何特殊的刑罚,他的这一观点也是正确的。比例性原则只要求刑罚之间互相成比例。与犯罪成比例——除非被解释为与其他刑罚成比例——是毫无意义的。多少天的监禁怎么能和盗窃罪成比例?因此,实施死刑,或者其他的特别刑罚的理由,都不能从威慑理论与报应主义理论共同要求的比例性原则中合乎逻辑地推导出来。然而,比例性原则确乎暗示了死刑的必要性:如果我们对谋杀罪之外的犯罪实施终身监禁,难道比例性原则就没有要求对谋杀实施更严厉的刑罚吗?那么,哪一种刑罚,可以拿来实施?

我认为试图驳倒康拉德教授指出的12个要点毫无意义。其中有一些我同意,有一些我不认同。然而,其中有一点,我不想就这样忽略。康拉德说,"整个的犯罪学研究都必须建立在对我们所有人人性的乐观假设之上,即便是最邪恶的,也是有可能改过迩善的。"我不知道理由何在。犯罪学的旨趣在于理解犯罪活动并控制犯罪率。犯罪人的"改造",最多只是这些任务的边缘效应。即便真的成功改造了犯罪人,那也不能说

45

〔24〕 Ralph Waldo Emerson, "Self - Reliance," 1841.

明什么问题。[25]

我们能够改造任何人的假设是无据可依的。这最多只是一种宗教意义上的假设,而不是科学上的。(然而,即使是基督教,也认为人无完人。它只是要求人们去努力。)我很钦佩,甚至很羡慕康拉德教授的乐观主义;但是个人品性是绝对不能与科学理论相混淆的。我所掌握的证据揭示,有些(确实极少数的)犯罪人能够被改造,而其他的都不能,正如有些人的病能够治愈,而其他的一些即使是最佳的医疗也毫无帮助。犯罪学只是假设了,犯罪可以研究,研究的结论能够适用于控制犯罪。改造当然不是控制犯罪的最有效途径,改造主义理论可能会假设每个人都能被改造,但是犯罪学则不是。我觉得康拉德教授是把两者搞混了。

约翰·P·康拉德:

当进一步的论证提出,理由不能给论证提供充分的依据时,关于任何主题的论辩都会出现一个焦点。就反对死刑的报应主义的例子来看,情况可能就是这样。我的主要的论点都展示了出来,范·登·哈格也进行了巧妙的回应。然而,他的论述中却留下了太多不牢靠的结论。我不能任其悬而不决。

托马斯·杰斐逊与等量报复法则[26]

是否我们的第三届总统,《独立宣言》的起草人,也是等量报复法则的信徒?我本人虽然不是杰斐逊的支持者,但是我始终对他心怀尊敬。我觉得他作为一个睿智,果敢,又仁慈的政治家是实至名归的,他曾经是——现在也是——美国政治文化生活中最有影响力的人物之一。他怎么可能支持已经被他所钦佩和追随的法国启蒙哲学家彻底怀疑的等

46

---

〔25〕 See my "Could Successful Rehabilitation Reduce the Crime Rate?" *Journal of Criminal Law and Criminology* ,Fall 1982.

〔26〕 See Ernest van den Haag, p. 33.

量报复法则？他又怎么可能向弗吉尼亚州参议院提交一份提倡阉割与断肢的法案？

范·登·哈格教授发现沃尔特·考夫曼（Walter Kaufmann）的《在没有罪行和司法的情况下》（*Without Guilt and Justice*）一书中摘录了杰斐逊的词句，考夫曼热情洋溢地论证了司法，又不切实际地指责了司法的观念。考夫曼坚持认为，没有司法的世界会变成一个人人自治的乌托邦。在一点上他承认国家必须采取行动威慑犯罪，但是他并没有说应当采取什么行动。

考夫曼是因翻译和注评黑格尔与尼采（Nietzsche）的著作而享有盛名的学者。如果没有他的贡献，许多美国读者，包括我本人，将会发现自己难以接近这些伟大的令人敬畏的德国人。但是他对杰斐逊的曲解，是对轻易就能回顾的历史记录的扭曲，是一个足以令人汗颜的失误。辩明此事的曲直，是我们对杰斐逊这位最伟大的美国人负有的义务。同时，也是刑事司法改革的最牢固的障碍之一。

杰斐逊从来不是狂热的复仇主义者。他完全臣服于贝卡里亚人性化的观点，希望将这些观点的精神融入到弗吉尼亚州的法律中间去。从他的罪刑均衡法案摘录出的丑恶章节，是他对时代的让步，是他对跟他一起着手弗吉尼亚法律修改任务的同僚的退让。1779 年，不再附属于英国王室的弗吉尼亚州参议院想抛弃英国法令的长篇累牍，更新立法。杰斐逊作为参议院的议员，为了受到法律修正案起草委员会的任命而四处斡旋；活动展开以后，杰斐逊当然受到了任命，和其他四个人一起，承担了这项浩瀚的工程。

来读一读杰斐逊本人对于我们所关心的主题的“修订者”工作的说明是很有教育意义的：

> 关于刑法，我们都赞成除了对叛国罪和谋杀罪以外，其他应当废除死刑；对于其他重罪，可以代之以公共场所的劳役，或者简单的等量报复法来处理。我不记得，这一项过去受人讨厌的原则是如何得到了我们的认可的。在我们的法律中，在单纯的奴隶犯罪案件中确实有着该法则的残余；那很有可能是盎格鲁－撒克逊时代的英国

47 法从希伯来法律的“以眼还眼，以牙还牙”原则中移植过来的；它是若干古人的法律，而现代思想于其发展过程中已将之遗弃。[27]

这段文字写于当他在异常忙碌的人生中度过的所有事件都在记忆中都模糊不清以后，也就是距离法律修改活动42年以后。但是在杰斐逊代表当时与他一起修改法律的同僚对法案作出解说时，他认为死刑是“针对那些其存在已经与其他公民的安全发生矛盾的人的，是让人悲伤的最后一种对策”。他指定的传记作者大仲马·马隆(Dumas Malone)评论说，杰斐逊“坚信所有时代和所有国家的经验都已经证明，残酷的暴戾的法律最后都摧毁了他们自己欲达到的目的”。[28] 马隆在进一步评论杰斐逊无法再回想起他为什么允许了等量报复法则渗透进他的法案时，指出当时的记录“显示这部分是由于他自己采取的从简单的古代先例开始的方针，部分是由于和他一起修正法律的同僚的判断”。[29] 杰斐逊给其中一个名叫乔治·威思(George Wythe)的同僚写信，内容如下：“我严格审议了委员会定下的刑罚等级，对之我并不完全满意。等量报复法则，尽管是将普通法还原为我们通常都会发现很多好处的简单化，但是它可能会引起现代的人性化情感的反感……这一条有待复议。”[30]

无论这一条是否经过进一步的审议，这让人反感的部分还是出现在了提交立法机关的法案中。法案以毫厘之差被否决了，不是因为其中有等量报复法则的残余幸存，而是由于人们认为这部替代法案不够严酷。1786年举行了投票，当时杰斐逊人在法国。詹姆斯·麦迪逊给他发去了这个不受欢迎的消息，还补充说“我们的旧的血腥的法典通过这次事件又完全卷土重来了。”[31]

杰斐逊在他的《自传》里如此评价这次的失败：

---

〔27〕 Thomas Jefferson, "Autobiography," in *The Life and Selected Writings of Thomas Jefferson*, ed, Adrienne Koch and William Peden, New York: Modern Library, 1944, p. 46.

〔28〕 Dumas Malone, *Jefferson the Virginian*, Boston: Little, Brown, 1948, p. 270.

〔29〕 Ibid., p. 271.

〔30〕 Ibid., pp. 271 – 272.

〔31〕 Ibid., p. 269.

> 贝卡里亚和其他一些论述了犯罪与刑罚的学者，已经向理性世界证明了以死刑来惩罚犯罪是不正当的，是无效的；公路，运河，以及其他公共场所的劳役，已经被证明是一种恰当的替代措施。法案修订者采纳了这些意见；但是我们国家的大众的思想还没有前进到那样一个地步。因此，罪刑均衡法案在参议院只经过一次投票被多数人否决了。后来，我得知，以公共场所的劳役作为替刑措施经试验（我记得是在宾西法尼亚州）未能成功。剃头陋衣行走在大路上以示众，给犯罪人带来如此的人格上的屈辱，如此的放弃自尊，这不仅不能改造犯罪人，反而会迫使他们走进最为绝望（原文为 desparate，疑为 desperate. ——译者注）的境地，造成道德和人格的更冷酷的堕落。[32]

杰斐逊并未立足于做一名古代复仇法的躁动的倡导者，他下决心去缓和 18 世纪英国法的极度滥用。作为一名政治上的现实主义者及哲学家，他将适度与温和原则推进到了当时的公众能够接受的限度内。他本人则效忠于刑罚等级要与罪行的严重程度成比例的新颖原则。这是当时的弗吉尼亚人民尚未打算接受的一条原则。在参议院否决了杰斐逊的法案十年以后，弗吉尼亚州建立了第一所监狱，除了谋杀和叛国罪以外，死刑在其他所有犯罪上被全面废除。 48

考夫曼对美国历史的误解，是我们这场论辩的主要论题的题外话。我概述了杰斐逊的伟大生涯中这一段真实的历史轶事，以便矫正一位杰出的哲学家（我希望是，无意间）对他的声名所造成的错误。这段历史记录揭示了横亘在过去的丑恶的传统与更理性、更富有同情心的未来的景象之间的鸿沟。这条鸿沟现在仍然存在。

迪尔凯姆与报应主义的道德基础

报应主义者要求犯罪行为受到谴责，谴责的形式应当是适当的刑

〔32〕 Jefferson, pp. 47 – 48.

罚。作为一名讲道德的人,我认为任何的道德选择都不是孤立的。道德行为由人类之间的交互作用组成。社会团结应当坚定地支持合乎道德和善良的,否定非道德的和邪恶的,这是至关重要的。迪尔凯姆将社会团结看作刑罚的首要利益。道德就是主动地选择美德,拒绝不道德行为。

作为一名报应主义者,我认为所有的男人和女人,都是道德的媒介。他们自己就是自己的目的,而从来都不是国家或者其他人实现目的的手段。道德媒介就是一个人,他有能力按照正确与错误之间区分的正当参照,来选择自己的行为路线。范·登·哈格博士引用了印度的世袭等级制度作为反例,显然是离题太远;较低的等级由受到最可鄙的高压统治的人们组成,他们在历史上除了服从以外没有其他选择。

分配正义从未曾达到完美,报偿和刑罚在任何时候都将按照单纯的价值和缺点来计量,这也是不可能的。我们只能努力去尝试。在一个不可能完美而只能不断完善的世界里,朝着公正方向坚定不移对于秩序的生存来说是非常关键的。

49 我坚定地支持刑罚执行活动中的比例原则。对该原则的严重背离将侵蚀到支撑刑事司法的社会团结。如果人们观念上觉得入室行窃和盗窃罪一样严重,而持枪抢劫要更加严重一些,那么刑罚的幅度就应当反映出这种多数人的意见;我觉得比例原则不可能更加精确地描述出来。如果刑法执行制度给人反复无常的印象,如果刑罚看上去不可预测或者受到偏见的影响,或者如果重罪受到了轻微的惩罚,那么刑事司法体制对于维持秩序就非常糟糕,支撑道德的价值就受到了损害。在这种意义上,迪尔凯姆提出,刑罚的正当性是道德社会继续存在的基础。这一正当性理由中从未包含对犯罪人施加死刑的内容。

犯罪学与乐观主义

范·登·哈格教授将犯罪学限定于“理解犯罪……并控制犯罪率”的时候,使得犯罪学徒劳无功。在所有考察过的社会科学中,这种观点

都是典型的保守的。它认为面对一个难题的时候除了默默忍受以外别无他法。在那种认识基础上,我们对犯罪需要知道的就是其发生的频率和流行程度。年度犯罪率必须计算清楚,以便警察、法庭以及监狱的工作量可以按计划行事。

我并未如此充满希望,以至于认为犯罪问题的"解决方法"是消除犯罪。然而,我确信社会科学将大大有助于减少犯罪。过去两个世纪的西方国家的历史揭示,随着社会正义的传播,对人类本性和社会组织的进一步了解,以及合乎理性的法律的公正实施,社会随着时间的推移逐渐向好的方面改变,组成社会的人们也在逐渐变好。犯罪学是一门政策科学,是许多学科的混合。理解犯罪的目的,也从满怀希望地假设可以采取措施来防止犯罪,演变到让犯罪人与我们必须共同生活其中的社会秩序达成和解。如果这些假设都无法维持,正如我担心范·登·哈格博士倾向于认为的,那么对犯罪的研究就是一项毫无结果的职业,只能引起财政预算官员、人力主管、系统分析家,以及月复一月年复一年必须管理这些系统的人的兴趣。

最后,我必须驳斥我的对手所传达的对于我关于改造犯罪人的观点的非难。正如这些活动如今在监狱和其他地方都在进行,这些活动并不是犯罪活动的特别矫正方式,而最多只是给那些希望从活动中获得益处的人带来自我改善的机会。希望是犯罪人与他所侵害的社会之间进行和解的本质条件。对于监狱来说,它要提供基本的希望——而不是强制进行"改造"。[33] 科学犯罪学还有大量工作要做,要改善发生犯罪的社会背景,鼓励犯罪人的重新整合,而不是继续从事找到魔术般地治愈犯罪的伪研究。 50

---

〔33〕 For a further statement of my views on the "rehabilitative ideal," see John P. Conrad, "A Lost Ideal, A New Hope: The Way Toward Effective Correctional Treatment," *Journal of Criminal Law and Criminology*, Winter 1981, pp. 1699 - 1734.

詹姆斯·菲茨詹姆斯·斯蒂芬爵士（小男爵、印度之星高级勋爵士）的符咒

范·登·哈格博士把詹姆斯·菲茨詹姆斯·斯蒂芬爵士（Sir James Fitzjames Stephen,1829 - 1894）找出来支持他的论点，这是不足为奇的，范·登·哈格博士认为绞刑可以促使人们放弃谋杀。在我的对手踏足这一理论之前，詹姆斯爵士是当时最为强硬的死刑倡导者。对他及他的思想做一些说明，有助于我们了解支持死刑的概念上的发展路径。

斯蒂芬是出生于英国上流社会的英国人，他从伊顿公学、剑桥大学，然后进入律师学院，接受的都是传统教育。他几乎是一个自信又居高临下的造就了大英帝国并将帝国带上了权力巅峰的小部分人的原型。作为一名让人敬而远之的大律师，一个不知疲倦的人民公仆，一位严厉的学富五车的法官，以及一名在诸多领域皆有涉猎的多产又表达流畅的作家，詹姆斯爵士相信维多利亚时代的英国价值的优越性。他也认为，他有能力保证支撑这些价值的社会秩序的安全。

对于神学观点的冷酷分析让他相信，死后的生命是不可能存在的，鼓吹死后进入天堂的期望或者下地狱的恐怖用以维持道德，是不诚实的行为。他扪心自问，假如宗教不能用来保证作为帝国错综复杂的官僚体制的坚定支撑的话，那么社会稳定又如何能够确保？他表达的用其他方法取代19世纪基督教的超自然制裁措施的观点，表现在他的《自由、平等、博爱》（*Liberty*，*Equality*，*Fraternity*）一书的摘录中，选择这一书名并非出于对法国大革命理念的半分同情：

> 一旦取消了监狱看守和绞刑吏，你们的刑法就变成一纸空文……想象一下人们作为大多数的独立个体，问题就产生了，怎么样才能把他们约束成为一个整体？凝聚力的原则应当是什么？很显然，必须提供某些能够同样有效的驱使所有人的动机。实际上那就是还有对身体施以刑罚的最后手段的威胁。然后，在任何可以忍受的秩序中将我们联结在一起的约束力，就是最终对于暴力的恐

惧。如果你反抗,你就会被压服。因此,这样一种制裁措施(如绞刑)的存在,是每个社会的本质要求,或者换言之,社会有赖于强制的权力。[34]

詹姆斯爵士在英国稳固的阶级里,过着与世隔绝的生活。他与那些不那么幸运的阶级的唯一联系,就是他与被他起诉到王室法庭的杀人犯,凶手和小偷的接触,或者,有时候基于大律师的职业激情为他们辩护——后来,他也与在他面前受审,通常会被他送上绞刑架的犯罪人有所接触。在他的鸿篇巨制的著作和论文里面,没有关于刑法的内容,他的兄弟所写的对他不加袒护的传记里也没有谈到。他只微弱地表示过,他觉得自己也要从属于对他人来说必需的社会强制力。他是实施强制的人之一。他明白控制的手段必须强硬。他毫不怀疑地认为,有一些人——也不全是杀人犯——由于其邪恶而应当被消灭。在他那有逻辑的受过良好训练的法律头脑里,正如绞刑吏所强调的,"成千上万"的英国下层阶级不犯杀人罪的唯一理由是他们对法律的恐惧。斯蒂芬从未想到过,在下层社会秩序里可能还有别的力量在起作用,让人们凝聚在一起,带给维多利亚时代的英国盛极一时的和平。

詹姆斯·菲茨詹姆斯·斯蒂芬爵士在他所生活的几十年给英国的刑事司法活动烙下了自己的印记。但是在 1965 年,英国废除了死刑。虽然从他所生活的年代开始发生的经济与社会变化,给所有阶级的凝聚方式带来了变化,但是死刑废除之后 18 年过去了,他预言的可怕后果并没有出现。近年来,各种形式的凶杀的发生率在经过许多年的相对固定之后,开始下降。我不能说两者之间存在因果关系,也没有人会这么说。但是很显然绞刑吏并没有像詹姆斯所说的那样必要。

---

〔34〕 Quoted in Sir Leslie Stephen, *The Life of Sir James Fitzjames Stephen, Bart.*, *K. C. S. L, A Judge of the High Court of Justice*, London: Smith, Elder, 1895, p. 318. 这是一部由詹姆斯爵士的那位至少与之齐名的兄弟莱斯利(Leslie)爵士写作的著名传记,他是国家传记词典的编辑,还写作过许多的历史与这些论文。但是该书不是一部专门的家庭纪念册。我不确定说明莱斯利爵士是弗吉尼亚·伍尔夫的父亲是否重要;很难想象,除了他的这位多愁善感的侄女的敏锐的智力,还有人能够与詹姆斯爵士相媲美。

欧内斯特·范·登·哈格:

52 康拉德教授以其惯有的,充满绅士派头的,大方的风度,建议我取消我对托马斯·杰斐逊支持等量报复法则的援引和评述。很显然我发现康拉德是对的,我的引用误用了杰斐逊的实际看法,他实际上是反对等量报复法则的。我没有取消对他的援引,因为我认为读者和我一样都能从这种转变中学到一些东西。我是受到已故的沃尔特·考夫曼在其著作《在没有罪行和司法的情况下》(*Without Guilt and Justice*)一书的引用的误导。这是一本粗犷的书。但是我从未想到考夫曼这样一个作为历史哲学家而享有盛名,且在普林斯顿执教多年的人,会写下这样令人误解的引用。我应当更加仔细一些。

虽然有这样的错误,但是我的基本观点仍然不受影响。虽然杰斐逊自己否定了等量报复法则,但是他觉得将等量报复法则融入他的法案建议稿中以便法案更容易被人接受,是明智的做法。总之,虽然杰斐逊本人反对这一法则,但是等量报复法则在杰斐逊的时代是被人普遍接受的。

康拉德教授也误解了我,他认为,我所声称的犯罪学要解决“理解犯罪并控制犯罪率”的问题,是在让犯罪学“徒劳无功”。“控制犯罪率”的意思是进尽可能的减少犯罪。我看不出,康拉德教授是真的不认为这是犯罪学研究的最终的,尽管常常是间接的目标。我对于康拉德教授倡导的方法的成功,不能抱有同样的乐观。但是我也希望康拉德是对的——即便所呈现的证据并不能证明他的乐观言之成理。

关于詹姆斯·菲茨詹姆斯·斯蒂芬爵士,他不需要我来为他辩护。他的《自由、平等、博爱》是目前可以找到的对约翰·斯图尔特·密尔(John Stuart Mill)的《自由论》(*On Liberty*)最有力的异议。每个对政治哲学抱有兴趣的人都应该读一读这两本书。

▼
▼
▼

第二章

刑罚的目的

欧内斯特·范·登·哈格：

“生命，自由，以及追求幸福……为了保障这些权利，而在人民中间组建政府。”独立宣言如是说。政府如何保障这些权利？政府用法律保证这些权利不受干涉，为了法律的禁止能够坚持，政府对于侵犯这些权利的行为以刑罚相威吓。这就是刑法的任务。它禁止未经正当（法律）程序剥夺人的生命，自由，或者财产（至少还有部分的追求幸福的权利，如在宪法第5和第14修正案中声明的），列举了刑罚来威慑破坏法律的人。当违法行为达到相当严重的程度时，其刑罚可能会是死刑。所有的法律有意造成的威吓，都会带来阻止人们去做法律所禁止的活动的效果，使人们不去实行以刑罚相威吓的犯罪行为。不用说威吓要实施的刑罚必须实际实行，否则威吓就成了虚张声势，人们对之难以置信，从而威吓也就无效了。因此，法定刑罚的首要目的是阻止人们犯罪。 53

多年以后学者们也对刑罚的三个附带的目的达成了共识，尽管他们对于这三个目的互相比较之下哪个更重要还存在分歧，因此在决定对犯罪人实施刑罚的时候哪个目的更有分量一些也还无法确定。

1. **改造**（rehabilitation，又称“复权”、“复归社会”）是要改变犯罪人的人格，为了使其被释放后能够遵纪守法。

这一目的曾一度显得非常突出。正是因为头脑中抱有这种目的，监

狱被称为“矫正机构”，狱警被称为“矫正官”。现在改造不是那么流行了，因为始终没有发现一种方法可以达到这个目标。如果有人对接受过当前的改造或者矫治项目的犯罪人和没有接受过任何项目（当然要注意的是，这两组犯罪人除了一组接受过矫治另一组没有接受过矫治以外，其他方面情况都是差不多的）的犯罪人进行比较的话，他们会发现在释放之后两组人的行为没有明显的差异。在本国或者海外的其他国家，比如说瑞典，累犯的发生率似乎并没有受到改造项目的多少影响。因此，改造暂时或者最多也只是一个没有实际的办法可使之实现的理想。

54

即使改造的目标能够达到，那么改造也未必能够影响到犯罪人可能实施的大多数犯罪的犯罪率。犯罪人不去实施犯罪，要么是因为没有能力（被监禁或者执行了死刑），要么是因为被改造了所以不愿意去犯罪了，这些人很有可能会被其他有能力的也愿意去犯罪的人接替。犯罪人实施的大多数犯罪的犯罪率，取决于犯罪的净收益，犯罪人期望得到的精神上的或者物质上的收益：收益减去风险（包括刑罚的风险）后的结果。改造无法影响到犯罪的预期净收益。正如即使许多开业牙医退休，牙科的从业人数最终也不会发生变化，犯罪率也是一样。改造可以影响犯罪人个人，但是不能影响犯罪率。最后，改造与能够判处死刑的犯罪的犯罪率之间没有真正的关联。举例来说，谋杀主要是由初犯实施的。即使不受惩罚，大多数激情犯罪的犯罪人，也不大可能再去犯别的罪。如果我们对他们施以惩罚，那也不是为了对他们进行改造。

还需注意的是，如果改造优先，那么审判与刑罚之间就没有关联了。一旦犯罪人被看成需要治疗的病人，他犯下的罪行则是他的病症，那么他就不需要受到惩罚了。疾病不是犯罪，所需要的矫治或者治愈方法也不是审判。对于犯罪的矫治只有有效或者无效两种。与治疗麻疹的方法一样，它既没有所谓公正也没有所谓不公正。对于严格的改造主义者来说，犯罪的概念与审判或者刑罚的概念一样无关紧要。他所看到的只有生了病需要治疗的人。由于这些病人不能自愿接受治疗，所以需强制他们接受矫治，这种强制很不容易和刑罚区别开来，除了有一点，与刑罚不同，矫治必须要经过不确定的时间，直到犯罪人被治愈为止。绝大多

数的改造主义者都和医生不同,他们认为每个人都是可以治愈的。

然而,没有其他迹象表明犯罪人比没有犯罪的人更病态,除非拿他们的罪行作为证据,而在这种情况下,他们是因其罪行被定义为有病的。有独立证据揭示,犯罪人在其社会经济群体中往往并不比不犯罪的人显得病态。在实践的术语中,法律上认为的有病——而可以不对其行为负责——是只有当有独立证据(证据本身独立于犯罪)显示这个人不能理解其行为的本质和后果,或者因此也无法辨识错误的时候,才能认定。

最后,有些犯罪人不需要改造(复权)。他们的罪行(比如说,谋杀配偶)已经让他们"复权"了。不过我们可能不愿意放过他们让他们不受惩罚——要是放过他们可能会鼓励其他人,在受到类似的诱惑时犯下同样的罪行,所以直接赦免可能是不公正的。 55

2. **剥夺犯罪能力**(也指让他与社会隔绝,禁闭,或者监禁)是刑罚的第二个目标。至少在被监禁的时候,犯罪人不可能出去犯罪。死刑完全而且永远地使其失去了犯罪能力。监禁会部分且暂时地使其没有犯罪能力。监禁和死刑还有可能通过威慑其他人影响到犯罪率。但是犯罪人本身失去犯罪能力并不能影响大多数犯罪行为的犯罪率,因为会有其他犯罪人来接替这些犯罪人。

3. 毫无疑问,**公正**是实施刑罚的一个主要原因,尽管有许多人都很难承认这一点。所谓司法公正就是努力做到①惩罚犯罪人,②不惩罚无辜的人,以及③按照罪行的严重程度和犯罪人的可归责性来惩罚犯罪。所谓刑罚就是由一个合法的法庭来剥夺某些权利或者施加某些痛苦,具体视犯罪人破坏的法律的情况而定。

所谓犯罪人就是做了他原本应当避免的错事,因此需要受到惩罚的人——以偿还(报偿)他所做的错事,将抵消他由于违法而得到的任何好处,利益,或者快乐。这一司法理念尽管受到许多人的批判,但是仍然受到我们的强大支持。即便犯罪人不需要改造或者也不需要剥夺其犯罪能力,我们都不愿意看到做了坏事的人逃过处罚。即便这种不公正多少有一些社会效用,我们也不愿意犯罪人遭受不适当的惩罚。(事实上也不行。)

反对死刑的最有说服力的观点之一是,无辜的人可能由于某些错误被处死。这种观点直截了当地以公正原则为基础——它反对可能发生的不公正。这样的司法不当尽管极少,但也是有可能发生的。误判的可能性削弱了死刑保留论者认为的对某些刑罚实施死刑是公正的观点。死刑保留论者不得不承认,对有罪的人执行死刑必然也暗含了对某些无辜者的非故意的执行死刑,而这是不公正的。然而,这些司法不当与死刑废除论者的观点也无甚相关(尽管他们很少认识到这一点),因为无论是对有罪的人还是对无辜的人,他们都反对实施死刑。对于死刑废除论者来说,所有的死刑在一定意义上都是司法不当,而不论犯罪人有罪与否。因此,不论这个要被执行死刑的人实际上有罪与否,都与死刑无关了。

56

4. 威慑是刑罚的威吓以及刑罚本身的主要目的。除非威吓会成为现实,否则威吓就不成其为威吓。因此,刑罚暗含于实施刑罚的法律威吓中。如果威吓的目的是威慑,那么这个目的也是刑罚的目的,或者至少是刑罚的目的之一。假如情况不是这样的话,那么威吓将失去可信度及其效力;它将会变成假冒的,不会按照所允诺的那样成为现实的威吓。

所有的刑法都包含着刑罚的威吓,以此实现威慑犯罪的意图。刑罚的威吓是否实现了这一意图?当然不是每个人都会被威慑。有可能是因为威吓还不够大不足以威慑;或者是因为威吓不经常成为现实,以至于遭受刑罚惩罚的风险似乎很小;或者是因为犯罪对犯罪人来说如此有吸引力,让他愿意承担刑罚的风险。在另一方面,大多数人认识到犯罪不合算的时候,即便当犯罪机会出现的时候,他们在大多数时间都不会去犯罪。

有些学者对威慑性威吓与刑罚的效力表示怀疑。这样的怀疑是没有根据的。正如可靠的报酬的承诺确实能作为有效的激励发生作用,可靠的刑罚的威吓也在作为障碍物起作用。刺激可能是物质的(例如,以金钱作为报酬;以剥夺金钱或者自由作为刑罚),或者是心理上的(爱情,威信,或者名望作为报酬;声望扫地,蔑视,或者羞辱作为障碍)。一瞬间的反思揭示了威吓的威慑效力。如果人们因为看电影而一旦被抓

住就要付500美元的罚款的话，无论他们能从电影中获得多少乐趣，还会有多少人去看电影？如果用5年监禁进行有力威吓，那么又还会有多少人去呢？

虽然毫无疑问可靠的威吓起到了一般的威慑作用，但是关于威慑具体犯罪的具体威吓的威慑效力，仍存在着合理的怀疑。决定威慑效力的因素包括：①威吓的可靠程度（犯罪人受逮捕、定罪，以及处罚的风险有多大？犯罪人对于风险有怎么样的认识？有多大比例的犯罪人实际上受到了惩罚？）；②威吓的刑罚的大小（假如刑罚微不足道就不会有威慑力，即便刑罚的威慑力经常生效）；③威吓所威慑的犯罪的诱惑力大小。

每个人对于风险的估计和对犯罪诱惑力的估计都各不相同。显然每个犯罪人通常都希望自己不会被抓住。但是他也知道有被抓获的风险。显然犯罪对犯罪人有诱惑力，但是诱惑的程度视犯罪人的个性及境遇而各有差别。一个饥饿的人会冒很大的风险去找食物。毒品交易对于毒品批发商来说利润如此之高，以至于很难想象有什么威吓能够阻止他们买卖毒品。一个处于憎恨爆发中的人可能会无视任何惩罚的威吓去放任自己的怒火肆意燃烧。 57

刑罚的威吓无法也不能在所有时间威慑起作用，也不能威慑所有人。它们只想在大多数时间里威慑大多数人。如果威吓大小合适而且可信，就会有威慑力。但是威吓不足以威慑每个真正饥饿的人，阻止其偷窃食物，或者威慑每个盛怒中的人，阻止其杀害别人，或者让任何一个贪婪的人不去偷窃。任何威吓都无法足够巨大且足够可靠到做到这一点。因此，在考虑法律威吓的时候，基本的问题不是“它能够威慑每个人吗？”而是“它与温和的威吓相比，能够保证附加的严厉性足以威吓额外的犯罪吗？”第二个同样重要的问题是，“威吓使用的刑罚公正吗？它与将要处罚的犯罪的严重程度相适应吗？”

当人们在考察任何一种刑罚的时候，这些问题都是需要考虑的。而且在关于死刑的问题上，这些问题尤其相关。实际上，这些问题是主要要考虑的问题。

约翰·P·康拉德：

在本章中，范·登·哈格教授标出了他打算与我论战的几个问题。当论辩进展到现在，大多数问题都有更多内容需要澄清，但是关于他要辩护的观点，现在恰是我确立我的立场的适当时机。有五个主题我将详细论述如下，并不全是对范·登·哈格教授的异议：

关于"改造主义"。这是一个僵死的问题。认为犯罪人被送进监狱，最终可以成为充满活力的全新的公民回归社会，因为已经对他们实施了精挑细选的改造项目。这只是天真的想法。有的司法行政人员和学术界人士发现，只要他们声称进行进一步的研究和耗费更多的资源，就能想出办法来治愈几乎所有的犯罪人、消除其犯罪性，就可以从中获得利益。

这样的所谓治愈是一种幻想，不能再进行下去了。让人惊讶的是，矫治的行为曾经实施过，并且每个人都曾经认为改造是司法体制实施刑罚的目的。可以显然谁都不需要研究才能认识到，监狱不是个释放受困的头脑与精神的好地方，也不是改变任性态度的好地方。然而即便如此，改造的理想并非只是几代人的口惠。尽管一些人对此抱有坚定的热情，而另一些人持着严酷的极端怀疑论，现实始终不是那么简单的。

58

改造理念的历史发展有赖于三种信念机制的存在。在感化院运动的早期，犯罪人都开始被送进监狱而不是送上绞刑架，人们认为，如果能够给予恶人宗教上的慰藉与正直的牧师，即使绝大多数犯罪人不能获得重生，至少也会有许多犯罪人可以获得重生。这一理念至今仍然存在，我本人也已看到了，无私的牧师对似乎冥顽不化的人所作出的努力中体现出来的那种仁慈的影响力。牧师并没有感化那么多的罪犯，而使累犯统计数据发生改变，甚至连监狱社区的情况也没有发生变化。但是所幸仍然有许多牧师和官员愿意去努力从事这些工作。

19世纪对教育的信赖使得监狱改革者相信只要囚犯能够摆脱文盲的境地，授以高尚的手艺，那么他们就会摆脱罪恶与掠夺的黑暗，而变成诚实的工匠。再一次，发生这样的转化的案例总是能够让见证这些转化

的人满意。同样是再一次，刑罚官员和教育者没能看到这些转化案例数量足够多，也没发现这些案例能引起统计数据上的变化。

20 世纪的幻想引燃了人们的希望，从矫治理念产生了精神疗法与信念机制，人们认为这种方法可以治愈潜伏在犯罪人意识中的邪恶。从最有声望的精神分析学家到最显而易见的吹牛大王，无数的有证书证明的矫治在其间到处散布，进行了尝试，却发现达不到期望的效果。再一次，许多囚犯都从矫治的经验中汲取了好处——但这仍然不够。

经历了所有的这些挫折——其中大多数是可以预见到的，以统计数据来思考问题的社会科学家吸取了教训，"矫治"不一定能使犯人得到改造。在一定意义上，矫治可以有计划进行，按照规定进行处方，这是正确的，正如内科医师开出一些药品，然后就可以预料到一定的实际效果一样。但是由此得出结论说改造项目因此应当放弃，则是错误的。相反，必须提供足够多样和足够品质的改造项目，让那些没有其他现实的理由来期望命运能有所改变的男人和女人，拥有自我提高的希望。假如没有这样的希望，监狱就堕入了地狱。

我不认为，因为杀人犯可以改造，所以死刑就必须废除——尽管这是许多人的合理期望。在一个管理适当的监狱，许多已决犯，包括许多杀人犯，也能过上有希望也有意义的生活，最终作为能创造财富的公民回归社会。终身监禁也并不必然就意味着在监狱里度过没有救赎希望的、悲惨又无用的若干年。 59

关于剥夺犯罪能力。我的对手的结论是正确，剥夺犯罪人的犯罪能力对犯罪率鲜有影响。我本人也在从事这一问题的研究。[1] 我和我的同事发现即便适用了最严厉的，比任何立法机关能够制定出来的还要严酷的刑罚，犯罪率的下降最多不超过 25%。按照目前通常适用的制裁水平，剥夺犯罪能力对犯罪率的影响低于 5%。

关于报应主义。与大多数同时代的监狱管理人员一样，我最初有一

〔1〕 Stephan Van Dine, John P. Conrad, and Simon Dinitz, *Restraining the Wicked*, Lexington, Massachusetts: Lexington Books, 1979.

个功利主义的信念,认为刑事司法体制应当尽可能多得改造犯罪人,应当保护公众免受那些无法改变的人的侵害,以及在所有其他措施都用尽之后,让这些顽固不化的犯罪人受制于严厉的但是仁慈的剥夺措施,阻止其犯罪。我们也认为,刑罚体制的存在毫无疑问威慑了许多潜在的犯罪人,让他们不去犯罪——但是对于有多大数量的潜在的犯罪人因此不再侵害其他人,则没有一致看法。

功利主义对我来说不再有意义,其原因即将在本场论辩中阐明。我现在认为,监狱的主要责任在于执行法庭的判决,或者换句话说,因犯罪人所犯之罪对其进行惩罚。刑罚必须严格恪守人道主义标准进行。如果传统的改造犯罪人,剥夺犯罪能力,以及威慑其他人的目标能够实现,那当然更好。我们有理由相信,每一种刑罚都将对某几种犯罪人产生效果,但是我们无法指望任何一种刑罚的效果。

但是监狱的首要社会功能就是执行刑罚。对监狱怀抱更大的期望只会招来声誉扫地,给予批评刑事审判的吹毛求疵者不公正又不明智的归咎于监狱的机会。

关于对无辜者误判死刑。当范·登·哈格教授认识到,死刑保留论者的观点会被发生司法误判的时候偶尔对无辜者执行死刑的不可避免的事实所削弱的时候,他显然感觉到他的理论基础摇摇欲坠。他慌忙从对此的让步中转移话题,评论说对该问题的关注与死刑废除论者无关,因为我们反对的是对任何人执行死刑,而不论他无辜还是有罪。

60 这种观点纯属诡辩。尽管我的对手对注定会发生的司法误判表示遗憾,但是他愿意代表国家——其实是说代表我们所有人——接受这种偶尔发生的最糟糕的司法不公正,以便对真正的杀人犯的处死可以继续进行。他不愿意费神去考虑消除这种不公正的替代方法——终身监禁。当法庭的判决发生错误时,如果无辜者被羁押在监狱里,那么错误可以纠正,可以求得谅解。而在无辜者死后求其谅解对于任何人来说都毫无意义。

为什么死刑废除论者不能以无辜者有时候会被绞死为由,反对死刑诉讼?国家将一个并未犯下他所被宣告的罪行的人执行死刑所犯下的

错误,在刑事司法中如此恐怖的行为,是须不惜任何代价都要避免的。有很多理由敦促废除死刑。其中很重要的一个原因就是废除死刑可以避免导致绝对司法不公正的风险。防止司法不公正与每个良好公民都有切实关系。死刑的废除是防止这种最糟糕的不公正的必然方法。或许死刑保留论者以有失才有得(omelets cannot be made without breaking eggs)的想法来自我安慰一下,就可以放任自己处死无辜者。更加关注细节的人则将凝视绞刑架,敦促一个不需要绞刑架的社会来打碎它们。

关于威慑。纵观整场论辩,读者可以期待更多关于威慑潜在的犯罪人的论述。我在这里想明确一下我的立场。制裁体制应当按照罪行的严重程度的比例决定,而不是按照威慑犯罪所需要的刑罚严重程度的评价来施与。这一点是很显然的。假如对超时停车处以1 000美元的罚款,几乎每个人都会被威慑,不去触犯所有犯罪中最轻微的犯罪。这样一种制裁不能对公民作出,因为这与行为不成比例,因而是不公正的。这种轻罪实际上处罚很轻微,因为不认为它是一种严重的犯罪,所以也不允许对它按照重罪来处理。

按比例决定刑罚的另一个极端就是所有犯罪中最严重的罪行,即一级谋杀。我们往往会对这种犯罪所表明的堕落和邪恶的性质感到心惊胆战,有时候人们还会说绞刑对于犯罪人来说是适得其所。我将在整场论辩中坚持我的观点,我认为长期的监禁用来确立对犯罪的谴责并威慑潜在的仿效者已经足够。处死犯罪人是以其人之恶还治其人之身。犯罪人自身由此变成了受害者,他往往总是会享受到一种不正当的,他也不应当得到的同情,这种错误同情反而使其罪行显得平凡无奇了。

61

我也不认为刑罚不应具有威慑作用。刑罚当然具有威慑力——对于像我们这样的,正常人。对于惯犯来说,无论刑罚是什么,那都只是他所选择的职业的一部分成本而已。在英格兰,当男人和男孩都要因为偷窃绵羊而被绞死的年代,偷窃绵羊的案件仍然屡见不鲜;这种致命的风险对于那些喜欢偷的人来说也是可以接受的。

我们必须按照犯罪人应得的惩罚来对其实施刑罚,而不是按照我们所认为的可以威慑到其他人的程度来实施。在本场论辩的其他章节,我

还要对该原则进行详细说明。

欧内斯特·范·登·哈格：

针对我在第2章的陈述，康拉德教授宣称，“制裁体制应当按照罪行的严重程度依比例决定，而不是（他的原文是斜体字）按照威慑犯罪所需要的刑罚严重程度的评价来施与。”以下两点需要回应：

1. 关于“罪行的严重程度”，人们可能有许多看法；不幸的是，除了看法以外也就别无其他了。“关于威慑犯罪所需要的刑罚严重性”，人们可以有事实来证明，而不仅仅是看法。康拉德本人对此也间接地说了很多，当他说，“假如对超时停车处以1 000美元的罚款，几乎每个人都会被威慑，……”，康拉德非常正确地声明：“几乎每个人都会被威慑。”这不是一种看法而是可被验证的事实。他继续反对说，这样的罚款“不能对公民作出，因为这与行为不成比例，因而是不公正的”。这是一个不成问题的问题。在威慑理论的术语中，这种“不公正”仅仅意味着社区只会选择对一定数量的超时停车施加如此严厉且（按照他所实施的行为而言）“不成比例”的制裁，也就是说，即便无视公正，即便只考虑威慑，高额罚款也不会实施。基于同样的理由，我们也不会判处一个偷车贼死刑。如果我们判了偷车贼死刑的话，那么我们又该给杀人犯什么刑罚呢？[2] 另一方面，社区的确要选择对一些杀人犯执行死刑，因为社区不愿意看到由于未能对那些确认有罪的执行死刑，而无法达到威慑其他人的后果（或者冒上无法威慑他人的风险）。这就是康拉德教授与社区观点存在分歧的地方。也是他与我存在分歧的地方。

62

2. 当然，与康拉德教授的观点相反，死刑并不是“以其人（犯罪人）之恶还治其人之身”。用一种物质上完全相同的刑罚来惩罚犯罪人的恶行，不是一件坏事。这不总是可行（你不可能去欺骗欺诈者）。但是我

---

〔2〕 See my “Punishment as a Device for Controlling the Crime Rate,” *Rutgers Law Review* 33, 1981, pp. 711 – 713，该文解释了为什么威慑体制与公正的司法体制一样必须依照比例实施刑罚。

们没有理由不以死刑去惩罚一个故意而且恶意地蓄谋夺走他人生命的犯罪人。无辜的受害者的被杀是一件恶行。对犯罪人执行死刑纠正了这一恶行,而且威慑了其他人使他们避免作恶。一项恶行(罪行)与一次法律允许的行为之间的区别在于,前者是非法的,而后者是合法的。

正如康拉德所说,或许惯犯很难威慑。但是我们可以威慑人们不去变成惯犯。对于这一点,我们已经相对地获得了成功,而且,假如我们的刑罚能够更经常、更严厉地实施,我们将会更加成功。

约翰·P·康拉德:

假如违反停车规定的人每次违法都被罚款1 000美元,假如罚款毫不退让地要求收取,且假如其结果是违反停车规定的行为锐减,那么假设的压迫性的制裁措施的令人满意的测试就完成了。范·登·哈格教授认为,对于严重犯罪的制裁的威慑性效果——尤其是谋杀——也像不费力的测试一样恰当。事实上从没有这样的测试被成功适用于死刑的突出威慑力,但是这样的事实并没有使他困惑。我对此并不惊讶。死刑保留论者的简单观点对他们自己来说是如此的不证自明,以至于证明其无效的证据直接被忽略过去,从而也不需要去反驳。

"一项恶行(罪行)与一次法律允许的行为之间的区别在于,前者是非法的,而后者是合法的。"其他的区别浮现在我的脑海中,但是国家不能为非的暗示,在我们这个倍受摧残的世界里,给压迫性的政权提供了帮助,正如在所有的人类历史中它曾起的作用一样。



▼
▼
▼
第三章

死刑的威慑效用

63 **欧内斯特·范·登·哈格:**

自从人类创建依靠法律来维系的社会秩序开始,犯罪就已经与我们同在。要不是存在着让人们去实施某些行为或者另一些活动(比如,谋杀或者盗窃)的诱惑,也就不会需要制定法律来禁止这些行为了。无论法律的威吓多么严厉,都始终无法制止一部分人,不论是因为他们对刑罚的风险漠然处之,还是因为他们面对的是不一般的诱惑。他们可能希望获得极大的利益;或被愤怒或者报复的激情所驱使;或处于无比悲惨的境地让他们觉得他们已经一无所有无所畏惧了。因此,我再一次重申,每个社会都必须努力(有一部分需要依靠刑罚的方式)去解决的问题,不是消灭犯罪,而是控制犯罪。

威吓无法在所有时间起作用,也不能威慑所有人,对此人们必须有所预期。人们还必须预料到,经常实施犯罪活动的人,即惯犯(career criminals),不大可能受到威吓的约束;同样不受约束的还有毒瘾强烈的瘾君子,以及受激情控制的人。然而,即使威吓不太可能威慑惯犯,威吓还是有可能对威慑人们不变成惯犯有所帮助。

人们不是被威吓的大小与他们打算实施的犯罪的可能得到的利益和实际遭受刑罚的风险的精确计算所威慑的。也很少有人会去计算。相反,威吓的效果是让大多数人在大多数时间里不理睬犯罪机会。人们

只是根本不会去考虑犯罪而已——就像一个坐在餐桌前打算吃午餐的人不会去计算他是否应该吃白鲸鱼子酱和香槟,而不是常吃的汉堡和啤酒一样。他不习惯吃鱼子酱,他不习惯吃的一个原因是鱼子酱太贵。他也没有必要每次都要计算才会知道这一点。与此相似的,他不习惯去违反法律,一个原因是因为代价太大。他不用去计算就知道这一点。 64

人们不问"威吓能起威慑作用了吗?",而是问"一种威吓与另一种威吓相比威慑力有多大?",这完全是两码事。给予更严厉的威吓其威慑力更显著吗?额外的威慑力证明了额外的严厉性了吗?这样,没有一个考虑死刑的人会认为死刑没有威慑力。问题在于,死刑的威慑力大于其他替代刑罚措施,诸如终身监禁,或者其他的长期监禁吗?

过去,人们做过许多尝试,来确定死刑是否比其他刑罚,比如通常是终身监禁、通过假释来减少服刑期限(在大多数案件中,通常要在监狱中服刑满10年)更能威慑它所威吓的犯罪,即应判处死刑的罪行。这些尝试大多数都得出了模棱两可的结果,往往由于错误的程序和研究方法造成了更多的模棱两可。人们通常对邻近的几个州(一个州存在死刑,另一个州没有死刑)进行比较。或者对这些州在死刑废除之前和之后进行比较。这些比较通常也是以法律上有死刑或者没有死刑来进行的对比,而不是实际上是否有实际执行或者没有实际执行以及执行的频率来比较的。但是真正有意义的是,死刑是否实际运用,而不是死刑在理论上是否存在。最后,没有人会断言,死刑——或者任何犯罪控制措施——是犯罪率的唯一决定因素。谋杀案的数量还取决于当地年轻男子的人数、收入分配、受教育程度、不同种族人口的比例、当地文化传统、谋杀罪的法律定义,以及其他这类因素等。

如果他们想估计刑罚对于威慑犯罪的作用大小的话,比较必须把所有的这些因素都考虑在内。在相邻的州之间,死刑以外的影响因素可能有所不同,即使在同一个州在死刑废除之前和废除之后,影响因素也可能有所差异。因此,可以判处死刑的犯罪发生率的差异或者均等,都不能简单归因于死刑的执行与否。而且,假如确实废除了死刑确实对犯罪率有所影响,人们也不知道刑罚上的变化经过多长时间之后才会发生影

响，或者我们也无法确知预期杀人犯是否知道缅因州废除了死刑而佛蒙特州保留了死刑。他们当然会知道美国是否还有死刑。但是在相邻的几个州呢？或者在废除或者重新恢复死刑的较短时间内他们又是否知道呢？

65

从理论上来说，消除所有这些困难来做一下试验是可能的。但是试验结果在实践中面临着无法逾越的障碍。例如，如果周一、周三和周五犯下的谋杀罪会被判处死刑，而周二、周四，以及周六犯下的谋杀罪会被判终身监禁，那么我们很快就会发现谋杀犯选择哪几天去实施犯罪，也就是说，我们可以发现，周一、周三、周五的死刑比起其他几天的终身监禁要多威慑了多少起的谋杀罪？如果我们发现两者没有什么差异，死刑废除论者认为的死刑比起终身监禁来说并没有增加多少威慑力的观点就得到了证实。

由于没有这样的试验，现有的研究看上去没有一个是有决定性意义的。最近的很多这些研究是以相当复杂的数学分析来论述的，有一些更加复杂的研究得出结论说，试验显示死刑比终身监禁具有更高的威慑力，而这个结论与一贯的学术界观点恰好相反。因此，艾萨克·埃里克(Isaac Ehrlich)在《美国经济评论》(*American Economic Review*，1975 年 6 月)上发表了一篇论文，他的结论是，在 1933 年至 1969 年的这一段时期里，“每年增加一次死刑执行……就可能使谋杀案件平均少发生 7 - 8 起。”

由于埃里克表示他的研究结论与他使用的方法和选择的时期有关，选择不同的方法和不同的历史时期进行研究可能会得出不同的研究结论，其他人的论文也有发表。尽管在各方面都有了大量的研究，但是我们仍然不能说统计学上的证据具有决定性意义的。没有人能声称自己已经证伪了(*have disproved*)死刑比终身监禁威慑力更大的说法。但是也没有人能主张统计学上的数据已经决定性地证实了死刑确实比其他的刑罚威慑力更大。证据的缺乏并不等于反证。只不过死刑废除论者坚持应当有确实的证据才行。

不幸的是，反对死刑的人几乎也没有找到任何涉及各种刑罚的威慑

力的证据。没有人能够用统计数据来揭示出,4 年监禁比 2 年监禁,或者 20 年监禁比 10 年监禁更有威慑力。我们猜想两者威慑力一样大,但是我知道没有统计学上的证据来证明。人们可能会感到惊讶,为什么死刑就需要这样的证据而其他刑罚都不用出具这种证据?当然,死刑是比其他刑罚更严重的刑罚。但是 10 年监禁实际上也不是什么轻微的刑罚。

如果没有统计学上的证据来证明更高的威慑力,那么是否有其他论据让我们来思考死刑有更多的威慑力呢?如果有,其威慑力是否足够,可以确保死刑应当存在?

约翰 · P · 康拉德: 66

范 · 登 · 哈格博士继续了关于威慑力的论述,提出了大量的问题,对于这些问题我将在第 6 章“威慑、死刑和相关数据”中详细论述。

他提出,可以做一些试验来评估死刑优越的威慑效果,并举了一个研究设计的例子,根据一周不同的日子犯罪实施的情况交替适用死刑和终身监禁。我猜想,我的有经验主义想法的辩论对手想必也知道,在司法部愿意配合进行这项试验之前,他还不得不等上很长一段时间。

对于研究者试图将这些不适于用科学方法来解决的问题的解决方案科学化所面对的困难而言,范 · 登 · 哈格所举的是一个很牵强的例子。不仅制造这样一项研究设计所面对的伦理问题无法克服,而且得出一个清晰的结论的可能性也很靠不住,还会阻碍这样一种统计数据的误用。这是我将在本论辩的后文中详细论述的另一主题。

关于严厉程度各有差异的刑罚的相对不同威慑效果,我认为,我的对手声称没有人对 4 年监禁是否比 2 年监禁更有威慑力的研究感兴趣的说法是错的。所有试图将自己的方法适用于日益膨胀的监禁成本的成本效益分析家,都对这个问题深感兴趣。这个问题尚未有人回答。我很怀疑答案是否能让所有人都满意。我从未看到有任何理由,可以让我们相信死刑比终身监禁更具威慑力,但是我赞同我的辩论对手的观点,他认为,这个问题获得成功回答的可能性也不大。

我的善于创新的辩论对手在本章的最后陈述让我凝神屏息,他在最

后一段暗示了支持死刑的威慑效果的另一论据。但是假如正像他不得不承认的那样,证据无法用统计学的方法来表示,那么他又将选择什么方法来证明死刑更具威慑力这个命题的正确性呢?



▼
▼
▼
第四章

死刑的威慑效用余论

欧内斯特·范·登·哈格： 67

如果关于死刑对于让人们不犯可判处死刑的犯罪的威慑力比其他现存刑罚(诸如终身监禁)要更大一些的说法,用统计学的方法来证实是困难的,而且多半是不可能的,如要证伪也存在一样的困难,那么为什么还有如此之多的人如此坚信死刑具有更有力的威慑效用呢?

有些人是被不相关的论据说服的。他们坚信死刑至少可以让那个被判处死刑的人不会再犯其他罪了。确实如此。只不过这是将剥夺犯罪能力与一种剥夺犯罪能力的具体方法——死刑——相混淆了。死刑是最彻底地剥夺犯罪能力的最有把握的方式,死刑是不可挽回的。但是剥夺犯罪能力是否需要如此彻底?不可挽回必然就是一种优势吗?显然,它使得司法误判的改正和犯罪人的改造成为不可能。那么既然有其他方式可以达到人们希望的剥夺犯罪能力的结果,死刑的优势又是什么?

更重要的是,剥夺犯罪能力的论据把消灭一个杀人犯(或者无论多少数量的杀人犯)和减少凶杀案件的发生率混为一谈了。但是,除了通过威慑以外,任何具体数量的现行杀人犯或者甚至潜在的杀人犯的消灭——有些人怀疑过去的现行杀人犯也是将来(潜在的)最有可能的杀人犯——不会影响凶杀案件的发生率。周围有足够多的潜在的杀人犯

可以顶替那些被彻底剥夺犯罪能力的杀人犯。威慑手段可以防止潜在的杀人犯变成现行杀人犯。但是剥夺一些或者全部的现行杀人犯的犯罪能力本身是不可能有足够的威慑效果的。让我们回到最初的问题:死刑比终身监禁更具威慑力吗?

68

自然科学,逻辑学,或者统计学往往无法证实我们的常识认为正确的东西。因此,大约两千年前的古希腊哲学家芝诺(Zeno)发现他无法证明运动是可能的;事实上,他的著名的悖论看上去是想说运动是不可能的。虽然没人会相信他的说法是对的,但是却也没有人能够成功揭示该悖论的谬误之处,直到大约不到一百年前数理逻辑的诞生。但是与此同时,世界并非静止不动。事实上,没有人因为运动还没有从逻辑上被证明是可能的,就认为运动应当停止。就像我们没有理由消除运动一样,我们也没有理由仅仅因为死刑尚未,或者没办法,以统计学的方法证明比其他刑罚更有威慑力,而废除死刑。事实上,有两种令人满意的——虽然不是统计学上的——迹象可以说明死刑的更大的威慑效果。

首先,我们的经验显示,规定的刑罚越严重,其威慑力越大。在其他条件相同的情况下(*Ceteris paribus*),鞭刑 50 下比鞭刑 5 下更有威慑力;1 000美元的罚款比 10 美元罚款更有威慑力;10 年监禁比 1 年监禁更有威慑力——正如,反过来说,1 000美元的报酬比 10 美元的激励更大,如此等等。回报也有可能逐渐缩小。比如说,一旦报酬超过 100 万美元,边际诱惑力就会递减。也比如说,一旦刑罚超过 10 年监禁(假释之前的实际关押时间),在多余的年份里面,可能不会有更多的威慑力。我们对刑罚的边际回报知之甚少。然而,似乎很有可能情况仍旧是,终身监禁比其他时间各不相同的监禁威慑力要更大一些。

死刑具有的威慑力可能还要更大。因为把死刑当作与其他刑罚似乎是同一种类的刑罚来看待,是一个错误。如果这种看法没错的话,那么边际效用递减就不大可能适用了。死刑很显然区别于其他任何刑罚,与其他刑罚不属于同一类。终身监禁虽然让人不快,但是犯罪人仍然活着。相反,死刑并不仅仅是要让生存变得不愉快——它是要完全地剥夺生命。那些受到死刑影响的人会感受到这种差别。我们发现如果他们

可以在终身监禁和死刑之间选择的话,99%的死刑判决下的犯人会选择终身监禁。通过上诉,请求替刑等方法,事实上,他们会尝试他们能够使用的所有的方法,来表明他们不愿接受死刑执行而希望被终身监禁。

基于这个无庸置疑的事实,我们可以得出一个合理的结论,即死刑具有更大的威慑力。在实践,那些有选择权的犯人,其选择对于自己的生和死有着实际的立竿见影的效果的人,都害怕死刑,甚于害怕终身监禁或者其他可能的刑罚。要是他们确实如此害怕死刑,那么其结论当然就是,在其他条件相同的情况下,死刑很有可能比终身监禁威慑力更大。人当然会受到自己最害怕的东西的最大的威慑。从中,无论统计学无法证明也好,或者能够证明也好,我们可以得出结论,死刑很有可能比其他刑罚更具威慑力。

假设现在有人并不完全确信死刑具有更大的威慑力。我相信我能让大家看到,即便有人是真的对于死刑是否能够增加威慑力无法确定,他还是会从纯粹的威慑角度认同死刑的优越的威慑力的。如果我们不确定,我们必须作出选择,或者①用谋杀罪犯罪人的确定的死刑执行,来换取数量不确定的谋杀罪的受害人的可能的生存;如果如我们所料,谋杀罪犯罪人的死刑执行,威慑了预期的杀人犯,使这些受害人将来不大可能被谋杀(他们更有可能生存下来),或者②用谋杀罪犯罪人的确定的生存,来换取将来的谋杀罪受害人失去生命的可能性,他们更有可能被谋杀,因为谋杀罪犯罪人没有被执行死刑,就不可能威慑到那些本应受到谋杀犯罪人的死刑执行所威慑的预期杀人犯。

再次重申这一事实:如果我们对死刑执行的边际威慑效用完全无知的话,那我们就要做一次如下选择:要么是对杀人犯处以确定的死刑,使得将来的其他杀人犯的受害者有生存下来的可能;要么是让杀人犯确定地活下来,却让新的受害者的死亡仍旧可能发生。我宁愿处死一个谋杀他人的犯罪人,而不愿让无辜者的生命处于危险之中。我觉得要作出相反的选择实在是不可思议。

然而,我很怀疑,那些坚持认为死刑并不比其他刑罚更具威慑力的人,是真的相信死刑并不那么有威慑力,还是他们真的觉得死刑的威慑

力不说明什么问题。我相当得肯定,死刑发挥威慑作用与否,对他们来说实际上并不重要。我认为,他们宁可利用边际威慑效用的统计学上的证据的缺乏,来将反对死刑的立场合理化,虽然关于死刑的边际效用存在尚待验证的非理性资料。事实上,尽管他们使用所谓的死刑威慑力在统计学上的证据不具有决定性,作为劝说其他人放弃死刑的论据,我们还是可以发现,大多数死刑废除论者在处理自己的论据与不充分的威慑力的相关性的时候,并不是非常认真的。

在许多的讨论中,我曾经问过反对死刑的人们,由于在他们看来死刑并不足以威慑可判处死刑的犯罪,那么,假如死刑确实可以证明比终身监禁更有威慑力的话,那么他们是否会支持死刑?我的问题通常会让他们有些窘迫,他们会企图逃避这个问题,说一些诸如死刑的更大的威慑力并不能证明之类的话。可是,当我作出一些退让,再坚持请死刑废除论者给一个假设的问题提供一个假设的回答的时候,他们会承认他们将继续反对死刑——即便事实证明死刑比终身监禁更有威慑力。那也就是说,他们以所谓的死刑缺乏更大的威慑力为基础提出的论据,是不真实的。

有时候,我会咬住这个问题打破沙锅问到底。我会问:"假设有证据证明我们每次对一名谋杀犯执行死刑,每年实施的凶杀案件就会比原本预期的要少10起的话,你还支持废除死刑吗?"在我能回想起来的所有场合,他们的答案都是"我支持废除死刑"。我又继续追问:"假设我们每次对一名谋杀犯执行死刑,每年被谋杀的人就会比原本预期的要少500人;假设对杀人犯执行死刑,我们就可以如此强烈地威慑那些不会被终身监禁所威慑的人,以至于有500名受害者的生命可以不受伤害,那么又如何?"在稍许踌躇之后,诸如塔夫茨大学(Tufts University)的雨果·亚当·贝铎(Hugo Adam Bedau)教授;约翰逊总统任命的联邦检察总长拉姆齐·克拉克(Ramsey Clark);耶鲁大学法学院的查尔斯·布莱克(Charles Black)教授;以及美国民权联盟死刑项目主管亨利·施韦柴尔德(Henry Sehwarzchild)先生等坚定的死刑废除论者承认,如果他们可以选择的话,他们宁可看见500个无辜者被谋杀,也不愿对一个有罪的

杀人犯执行死刑。[1] 这让我怀疑，死刑废除论者以所谓的死刑缺乏显著的威慑力为基础的论据是否真诚。

我还感到惊讶，只要对一个杀人犯执行死刑就可以挽救 500 个无辜者，为什么每个人却都更珍视这个有罪的杀人犯的生命，而不是这 500 个无辜者的生命。不过关于这一点以后再详细论述。

约翰·P·康拉德：

范·登·哈格教授在本章中阐述的内容中，我完全同意的有以下三点：

1. 剥夺杀人犯的犯罪能力不会减少犯罪率。我很高兴这一问题已经从我们的讨论中剔除了；死刑保留论者总是会提出减少犯罪率来作为一个常识论据来支持死刑。

2. 关于死刑威慑了潜在的杀人犯，要找到经验性的证据是困难的(difficult)。我曾经说过，这种研究是不可能的(impossible)，但是在表示未经证实的意思的词汇表中，困难(difficult)是一个可接受的词。

3. 死刑与其他刑罚是不同的。确实如此；每个犯罪人都只能承受一次。我还可以说出许多其他的差别，但是不需要在这里对其加以详细分析。

对于我们意见不同的要点，必须要说的内容更多。我认为本章的辩论需要结合三个问题。其中有两个是我的辩论对手提出的“常识”论据；第三个是一个带着疑问的质疑。我将在下文按陆续提出。

常识与威慑力

尽管范·登·哈格教授承认关于死刑威慑效果的统计学证据欠缺，

---

〔1〕 贝铎(Bedau)和布莱克(Black)教授的回答是在亚里桑那州滕比市亚里桑那大学的一次公开辩论上；拉姆齐·克拉克(Ramsey Clark)则是在一个私下的交流中如此表示；亨利·施瓦茨尔德(Henry Schwarzchild)在多次公开辩论中都这样说。

但是他要求我们信赖常识。我的机灵的对手使出了埃里亚的芝诺在其著名的悖论中的智力诡辩,引起了我们在信念上的骤变。瞧,他说,多少个世纪以来,科学都无法显示运动是可能的,但是只要以大街上的流浪汉的良好判断力就能看到,事实完全相反。在考察刑罚威慑作用的有效性的时候,我们何不也信赖同样的良好判断力呢?或许科学,逻辑学,以及统计学在当前的简单状态下无法察觉这些作用,正如在乔治·康托尔(Georg Cantor)的无限数学打开了思维的新的可能性之前,没有人能够解开芝诺的诡辩。当科学让我们失望的时候,我们最好的路线就是让一般人的牢固常识来解决问题。

我们可以对范·登·哈格教授的变戏法钦佩有加,却不能完全被其欺骗。毕竟芝诺决不是唯一一个思考运动问题的科学家或逻辑学家。若干世纪以来,运动被人们观察,测量,并使之系统化、溶人物理学定律。芝诺的悖论是逻辑学上的珍品,他的谜至今仍让有些哲学家感到困惑,但是它们是构成运动理论的元素,决非空想的产物。

现在来考察一下关于威慑力的情况。在此,我们无需芝诺来为我们提出一个过去3 000年都没人能解开的逻辑学的异常情况(a logical anomaly)。我们只有时代告诉我们的常识,即假如我们的行为的后果注定是让人不快的,那么我们会尽量避免参与这种行为。每个开车的人看见一部警车,每个已经填写了所得税申报单的人,还有每个将行李放进机场安检设备的人,都知道他已经被阻止去做他在其他情况下可能会做的事情。社会科学家从来都没能说明相似的程序在威慑犯罪人时的有效性,这真是异常状况。范·登·哈格教授显然希望社会科学能最终产生一个乔治·康托尔,来证实普通大众都深以为然的东西。然而在等待这个人的到来的同时,他要求我们将我们的信念押在常识上,对社会科学,统计学,以及我们可以汇集到一起的关于变态人格行为的知识的诱惑置之不理。

从芝诺的悖论到威慑力对于潜在杀人犯的影响的全部论证,是令人吃惊的诡辩术的技艺表演,但是却以一个站不住脚的类推结束。让我们把它放一边,先来考察一下常识的主张。他向我们提出了两种这样的主

张。首先,我们听到有经验显示"刑罚越严厉,威慑力越大"。在另一章中,我将考察与该主张有关的有限的经验数据。这里我想先根据常识对常识论证做一下回应。

我的对手就像一个优秀的经济学家一样,承认边际效用递减的法则必然对逐渐严厉的刑罚所体现的威慑力发生作用。对于计算刑罚的犯罪人来说,30 年的监禁似乎并不比 20 年的监禁的威慑力要大 50%。假如犯罪人是经济学家的话,威慑力的计算方法就可以创造出来,制作成图表,从而大大简化刑事立法。

但是我重复一下,犯罪人不是经济学家,风险的计算在他们的头脑中并不是按照我们可以察觉的理性方法进行的。抢劫杀人犯是受心血来潮即兴驱使的动物,其行为无法轻易用黑板上的图表来解释。他开枪射击,用手枪抽打,或者用脚踢打受害者,都不是出自把这些行为的所有风险计算在内、沉着冷酷地商定的计划,而是由于行为受阻的激怒。假设任何幅度的刑罚,包括死刑在内或者排除死刑,都会影响他的行为的话,那么就是忽视了我们必须要应付的人的本性。只要这个国家窝藏着一大群持枪的抢劫犯,我们就可以预见到会有致命的行凶抢劫发生,而不论我们对这一类犯罪确立什么样的刑罚。

范·登·哈格博士提出的第二个常识主张建立在无可置疑的事实基础上,即被判处死刑的犯罪人除了一些著名的例外以外,通常都会寻求他们可以找到的每一种渠道,来将他们的判决替换成终身监禁。为了这个论证,我承认我的对手一般性地估计大约 99% 的关押在死囚牢房里的人都情愿终身监禁,也不愿意选择他们所面对的死刑。我的对手要求我们从死囚犯的情绪状态中得出结论,死刑比终身监禁更具有威慑力。 73

我根本不认为从中可以得出这样的结论。我们没有权利从一个由于谋杀而可能执行死刑的人的威慑效果中,得出任何推论。他还宁愿不要成为嫌疑犯,不要被逮捕,不要被审判,也不要被判处任何刑罚呢。他所考虑的作为杀人犯的结果之一,他可能有一天会待在死囚牢房中,竭力要求撤消判决或者要求替刑的遥远的可能性,是不大会进入他的思想

的。至于死囚牢房里的犯罪人,如果他们有计划的话,他们的计划出现了错误,所以他们除了生存或者死亡就别无选择了。大多数已决犯都会竭尽所能来改变自己的处境。死刑废除论者与死刑保留论者都认为已决犯宁可自己不被宣告有罪。无论他们多么得非理性,大多数处于困境中的人都会努力改善自己的处境。正如范·登·哈格教授谈到的,"终身监禁虽然让人不快,但是犯罪人仍然活着。"

常识是普通人的智慧。它产生于普通大众的常规经验中。它不需要专门的教育,数据的获取和处理,甚或逻辑学家的精明头脑。普通人对于得体行为的要求以及如何达到这些要求知之甚多。他们往往会将圣经教导的金箴(Golden Rule)运用到最佳,遵守克己自律的要求。但是他们对于最难得碰到的杀还是不杀的决定没有任何经验,他也不大可能遇到曾经做过这种决定的人。常识无法照亮变态心理学的黑暗角落。实施某犯罪行为与理性无关,而且很有可能与经过慎重考虑之后决定放弃实施犯罪的理性也几乎无关。

以对杀人犯的死刑执行来换取将来的受害者的生存

这时,范·登·哈格教授稍稍离开了不可靠的常识根据,开始玩弄一些十分不确定的假设了。他问我们,假设对一个杀人犯执行死刑的威慑力,可以避免一个或者更多的谋杀的潜在受害人的死亡的话;对于这种可能性的信任难道不能证明那次死刑执行是正当的吗?他认为和我一样坚持死刑废除论的同伴贝铎、布莱克、克拉克先生等学者,宁愿预见到500名无辜的受害者的死亡,也不同意对个别有罪的杀人犯执行死刑。显然我们死刑废除论者在坚持我们对死刑的反对立场的时候是不真诚的。

74

援引伊曼纽尔·康德的格言"法院的刑罚决不能仅仅作为促进犯罪人本人或者市民社会的某些其他利益的方法;……人决不能用来仅仅作

为促成其他人目的的工具",[2]这让我们想起了作为人类自由的基本要素的原则,相当真实的是,我所引用的这一段话是与康德对死刑的响亮捍卫并列在一起的,康德竭力想证明任何谋杀了别人的人都必须死。然而,我的对手已经否决了康德的报应主义观点。该观点与康德对死刑的捍卫,与康德坚持的**人类永远不得被当作其他人实现目的的工具**的立场,没有必然的联系。这一立场是康德从他对有组织的社会秩序中保持个人自由的本质要求的分析中直接推导出来的。在过去的 65 年里,我们已经见证了这一真挚的信念荒诞地制造出了一个令人心惊胆寒的世界。

但是我还没有回答范·登·哈格教授所假想的问题。他也许想让我退无可退,他也许不会接受我的抗议——我认为这个问题是不公平的,因为根本没有证据可以证明这样一种"交易"所描绘的事实,他也许会坚持要我回答支持还是反对死刑。我会真诚地回答我反对。我会将杀人犯关押许多年,或许让他搭上他的余生,而让那 500 名无辜的受害者自谋生路。而杀人是不对的,国家不应该参与这种错误的行为。

我会要求范·登·哈格博士回顾一下他邀请我们跟随的曲折道路。如果他说服我们确立了这一原则,即只要我们假设有 500 名受害者的生命因此得救,处死一名杀人犯的行为就可以证明是正当的,那么,为了达到同样的目的,只要检方证人和新闻媒体在场,我们就决不能放弃对杀人犯实施酷刑。如果让一名杀人犯死在毒气室里可以挽救 500 人的生命,那么让他死在拷问台,或者先把他开膛破肚,可以挽救1 000人。那么为什么要限制对有罪的杀人犯实施威慑性的惩罚呢?如果执业精神病医师能够测试出某人具有明显的危险性,即便他还没有杀害别人,那么将他处死也许是对潜在的杀人犯群体的更具有效性的警告。这样的惩罚的谬论应该足以揭示出违背将人用做实现目的的工具的康德规则

---

〔2〕 关于康德哲学文本的这一段的详细论述,包括对"仅仅"一词(*merely*)的含义的描述,参见 Jeffrie G. Murphy, *Kant: The Philosophy of Right*, London: Macmillan, 1970, pp. 140 - 144.

的危险性。

75 让我总结一下我在此处对范·登·哈格博士对威慑力的常识论证的回应。基于两个我们无法抗拒的充足理由，我们不能让威慑力成为死刑的目的。几乎没有一丁点儿证据能够证明死刑的威慑力对于它企图威慑的潜在杀人犯群体发生了影响，死刑无法作为谋杀的预防性措施而被接受，因为如果为此就可以接受死刑的话，为了其他的次要一些目标，立法者也有理由使用死刑，或者为了公众的安全，立法者也可以有理由使用其他甚至更加恐怖的惩罚形式。

欧内斯特·范·登·哈格：

我只想重申，康拉德教授又一次依靠那些没有被，或者不会被威慑的人，把犯罪人设想成一种受心血来潮即兴驱使的动物，他们"开枪射击，……或者用脚踢打受害者，……是由于行为受阻的激怒"。我们并不想增加这类人的数量。因此我们需要可以威慑能够被威慑的人——我们中的大多数——的法律。这项法律包含死刑，死刑作为我们拥有的最严厉的刑罚，有可能威慑一些(虽非全部的)杀人犯。这是完全值得的。

康拉德教授第一次引用伊曼纽尔·康德的话时是正确的，但是第二次他解释康德的话时却是错误的："人类永远不得被当作其他人实现目的的工具。"康德说的是"'仅仅'(merely)作为工具"。"仅仅"(merely)一词具有超越一切的重要性，因为我们的确是在所有的时间里都把别人当作工具。我把医生当作实现我的健康的工具，把出租车司机当作我的交通工具，把售货员当作我的购物工具。人们也愿意被别人当作工具，因为这也达到了他们自己的目的(比如说，挣得收入)。依照康德的规则，"仅仅"为了我的目的利用一个人，没有征得他的同意就这样做，则是错误的。在彼此同意的情况下互相利用是合法的。我可以利用出租车司机作为交通工具，而他可以利用我作为乘客来增加收入。

如今，犯罪人不同意接受刑罚以威慑他人，就像警官也不可能同意被犯罪人枪杀。然而，警官为了成为一名警官而自愿担负起这样的风险。而犯罪人为了威慑他人也自愿承担了被惩罚的风险。他通过成为

一名犯罪人而自愿接受了风险。他不同意接受刑罚,但是为了得到他希望通过犯罪得到的任何收益,他同意接受被惩罚的风险。他原本可以不要变成一名犯罪人而避免刑罚的风险,正如警察原本可以不变成一名警察而避免被犯罪人枪杀的风险。两者都被社会利用来达到其目的,两者都为了他们自己的目的而自愿承担了他们所参与的活动所包含的风险。因此,他们都不"仅仅"(*merely*)被作为了实现其他人目标的工具。 76

最后,康拉德教授写道,"杀人是不对的,国家不应该参与这种错误的行为。"我无法确定他不是在开玩笑。杀害无辜的人当然是不对的。但是处死杀人犯呢?杀人犯做了坏事,被剥夺了生命。"处死杀人犯是不对的",显然光这样说是不够的。我们应该被告知原因。但是我们不得而知。光说"国家不应该参与这种错误的行为",也是不正确的。国家有时候必须这么做。在战争中,国家经常这样做。当然如果杀害无辜的人是不对的,那么我们可以得出如果国家杀死一名杀人犯就可以挽救500名无辜者的生命的话,那么国家就不应该让这些预料之中的"受害者自谋生路"。国家应当处死杀人犯,从而保护他们。当国家本应处死那些经由正当程序被确认有罪的杀人犯而阻挡谋杀之手的时候,国家却放任这500名无辜者被谋杀,这虽然投合了康拉德教授的原则,却是错了。"在人民中间组建政府",是要保护我们的生命,而不是杀人犯的。

关于酷刑。如果我确信通过对犯罪人实施酷刑无辜者的生命就能得到挽救,那么我就支持酷刑。但是我不确信。正因为如此,我反对酷刑。(不过并不绝对如此:假如我确信我的犯人知道两个小时后引爆的炸弹藏在哪里,而这个炸弹将会炸死10人,而且如果我相信他只有在酷刑下才会招供,我就会赞成对他实施酷刑。为了10名无辜者的生命值得这么做。而且他再一次自愿承担了酷刑:如果他希望的话他原本可以不遭受酷刑就招供。如果不得不对他实施酷刑他才肯招供,那么就需要酷刑。但是这样的例子是例外。我认为基于惩罚的目的实施的酷刑并没有增加死刑的威慑效果,所以我反对酷刑。)

在康拉德教授的例证中,可以揭示"某人具有明显的危险性"的执业或者不执业的精神病医师,应当被送进疯人院。"危险"(*Dangerous*)

是一个含混不清的词汇。我们所有人都可能很危险。没有一个精神病医师能确知一个人将来会做什么。如果将来的行为可以确切预测到,我们就不得不对我们的整个法律体系的全部基础进行重新思考。法律是建立在人们做了什么,而非人们将做什么的基础上的。如果我们知道人们将做什么,我们就可以用适当的预防性的抑制措施来取代刑罚,我们就不必为犯罪或者刑罚担心了。

77 **约翰·P·康拉德:**

我必须对范·登·哈格教授在其反驳中所说的五点作出回应。我将陆续展开,尽我所能澄清混淆。

可威慑的人和不可威慑的人

在我的反驳中,我写到了抢劫杀人犯,即在其抢劫的过程中实施了谋杀的人。我的辩论对手拒绝把归纳出的不受威慑的犯罪人的实例应用于神秘的受威慑的人群。那些思考普遍威慑力的人假定,因为有刑罚的预期而停手的人和无论如何都会实施犯罪的人之间是存在差别的。这一假定需要以抢劫并杀人的犯罪人将受到严厉制裁的现实可能性为前提。简言之,用我的辩论对手的术语来说,必然存在可被威慑的人群,他们不去犯罪只是因为一旦被抓住他们可能会受到惩罚。

在我们此时的对话中,我们所关注的犯罪是抢劫。这是在我们的大城市的没有技术的失业青年中十分普遍的犯罪,而且往往以持械方式以暴力相威胁。普通市民熟知这种犯罪并深为恐惧,把它视为城市生活的最严重的危险之一。假如我们能够以严厉且有效的法律制裁来威慑它,那么我们应当实施制裁。

针对任何犯罪的威慑力的开端都是对犯罪人的拘捕。至于抢劫,其状况让人气馁。全国范围内的邻里之间的抢劫破案率(clearance rates)在30%左右徘徊;在许多大城市破案率还要更低。全国的抢劫杀人案破案率大约在75%左右,在一些大城市其破案率更低。而陌生人对陌

生人的谋杀是最不可能破案的。

在这一方面的效力来讲,我们必须认定威慑力不起作用。之所以如此的原因不是由于死刑被搁置,而是因为抢劫杀人犯,甚至是极其危险的抢劫杀人犯,都没有被迅速且有效地逮捕归案。有许多人相信警察部门最终逮捕了几乎全部的抢劫杀人犯。没有人能确信事实如此,但是即便情况真的如此,那么抢劫破案率仍然显示,许多抢劫杀人犯能够在相当长的时间内逃脱处罚,这已经让他们值得在犯罪行为上花费精力。

如果我们假定,正如我认为我们必须承认的,在每个大城市里,都有一批成年人或者少年,他们把抢劫看作一种有利可图而且十分刺激的活动,那么,这群人必然会一致认为即便受害人在犯罪过程中受到了伤害,任何一次抢劫杀人活动得以逃脱处罚的机会都相当大。在我们谴责抢劫如此流行却罕有抢劫犯被处以死刑之前,我们必须先找到方法来逮捕足够高比例的抢劫犯。如果众所周知抢劫市民的家伙十次有九次都在不久以后被抓了,那么抢劫发生率就会下降了。我们应当明确,社区对待抢劫的态度要足够认真,确保实施抢劫的后果会很严重。 78

我们的警察部门远未达到这种程度的效率。当前,在存在无技术青年的高失业率,有可以使用的枪支,抢劫犯的低破案率的状况下,对极少会被抓住的犯罪人奢谈刑罚应当规定得多么严重,是毫无价值的。我们的社会对于极其容易受到无需技术的犯罪的打击。只有当以上三种使得犯罪如此便宜的状况全部矫正以后,我们才能期望社会的弱点不再继续存在。抢劫杀人犯的队伍并没有走到死刑执行人的面前,这将继续影响抢劫发生的频率。在那群潜在的抢劫者中间,有一些人受到抢劫诱惑但是最终抗拒了诱惑。在目前或者将来可能的法律制裁状况下,我很难相信,让抢劫犯的队伍上绞刑架或者电椅的预期,会大大增加可威慑的犯罪人的数量。假如犯罪人的逮捕率有了充分的改善,我将坚定地主张,对抢劫杀人犯实施终身监禁,跟不管用什么方法对他执行死刑,对同类犯罪人的威慑力是一样有效的。

康德的"仅仅"

范·登·哈格教授想说,在普通大众的普通生活中,目的和工具是互相依赖的。当康德教授在我所引用的段落使用"仅仅"这个副词的时候,他头脑中考虑的是一个更大也更困难的问题。在考察刑罚的目的的时候,康德希望确立坚定的反功利主义的立场。在他看来,与边沁的刑法进路相一致的功利主义立场将国家置于利用个人作为实现其目的的工具的立场。他分析说,当这一原则支配国家与其公民之间的关系的时候,人民的自由就危如累卵了。

79 我还要进一步展开康德的报应主义。当国家惩罚个人,因为这个人被确认有罪应当进行惩罚的时候,犯罪人就被剥夺了他在犯罪行为中得到的任何好处,犯罪本身受到了谴责。但是当国家利用刑罚来达到恐吓潜在的犯罪人的目的时,对犯罪人实施应得的刑罚变成了次要的目标。这里就显示了康德的"仅仅"的重要意义。只要威慑作用是刑罚的次要作用,而且是康德所坚持的国家的绝对命令之下必然会造成的作用,那么他并不反对刑罚的威慑作用。将这个微妙的问题转化成我能够表达的具体的话语来说,康德主张如果对抢劫应当实施的刑罚是5年监禁,那么这5年监禁就应当施加于所有有罪的抢劫犯。他强烈反对依照抢劫的发生率,提高或者降低刑罚,或者在他看来更加糟糕的,依照监狱空间的空闲程度,增加或者减少监禁时间。

但是范·登·哈格似乎对康德的司法原则的精确要点并不感兴趣。他认为犯罪人必须服从于社区所要求的任何社会目的,因为犯罪人自愿承担了国家基于任何目的而可能选择的刑罚的风险。结果,法官可以自由地使用犯罪人去威慑潜在的抢劫杀人犯,正如范·登·哈格教授使用他的医生来治病一样。这个类比很有趣,但是非常牵强,存在着致命的逻辑错误。

范·登·哈格博士和他的医生之间的职业分工具有一种相互关系,双方可以自由决定其界限在哪里。如果医生觉得可取的话,他可以拒绝

执行病人想要的治疗,也可以终止这种关系。如果范·登·哈格博士觉得他没有得到他所期望的好处,或者考虑到医生的诊费过于昂贵,他也可以随意终止这种关系。

这种相互关系存在于他所给出的每一个例子中。但是不存在也不可能存在于犯罪人和国家之间。假如警察觉得他的任务过于危险,他可以交还他的警徽。犯罪人因为应当受到惩罚而走向绞刑架,他应得的处罚不能被免除。警察只要在他的巡逻区域内巡逻就可以得到他应得的薪水,而一旦他辞职他就什么也得不到,因为他不应得到任何东西。犯罪人在被确认有罪的时候得到了他应得的惩罚——不多不少刚刚好。一旦我们允许把对他的惩罚被其他的考虑因素所左右——威慑其他犯罪人,或者他的改造的要求——那么我们就允许国家仅仅为了最多只是猜测中的目的来处理他,决定他的命运。

在这一点上,我欢迎康德教授的归来,尽管众所周知他坚持要绞死所有的杀人犯。 80

杀人是不对的

严格地说,发布命令必须有命令的资格。没有人质疑一个人基于自卫杀死另一个人的权利,法律许可自卫权的时候总是过于宽容。除了最顽固最强硬的和平主义者以外,士兵为了捍卫祖国或者在正义的战争中战斗并杀伤他人的义务始终被神学家和道德哲学家所接受。与其他的死刑废除论者一样,我反对的是冷血地杀人——即使是杀死最可憎的犯罪人。国家并没有以冷血地杀死某个人的方式来教导人民,冷血地杀人是不对的。

至于范·登·哈格教授的通过对一个可怜的杀人犯执行死刑来拯救500名无辜者的假设,我已经指出,坚持这一原则可能将我们引向危险的方向。不过,我对他勉强承认的看法感到好奇,他说如果能够证明可以再挽救500名无辜者的话,他将实施酷刑。他不认为酷刑比电椅更有威慑力,而我不认为电椅比终身监禁更有威慑力。由于我的想象力丰

富的对手提出的电刑可以拯救一定数量——或者根本就是所有的——无辜者,缺乏任何证据,我看不到他证明了哪一点。跟我的对手一样荒谬的必须诉诸假设的人,是难以证明自己的立场的合理性的。而相信死刑废除论者的真诚在这一点上受到了成功检验的人,会毫不犹豫地相信死刑废除论者的任何观点。

关于酷刑

那个知道炸弹在哪里但是只有当他的要求得到满足后才肯招供的人的现在怎么样了?作为最后的手段,范·登·哈格教授会对他实施某种酷刑。由于过分敏感,我忍住了不去问他打算选择哪种酷刑。对于我来说,我一直牢牢记得,在这种压力下所供出的信息一般来说都是不可靠的。我更愿意安排一次全麻诱导(sodium pentothal)的会面,这花的时间更少,更不需要令人厌恶的方法,而且能够期望得到更有用的信息。

当然,这与我们讨论的主题无关,但是我不能对这段附带意见(*obiter dictum*)无所质疑。

81

关于执业精神病医师的预测

我完全同意精神病医师除了预测他们所主导的治疗的效用以外没必要预测任何东西。但是不幸的是,法院却支持专业的法庭精神病学职业的发展,使得该职业已经在全国的证人席上象野草一样疯长起来。但是法庭精神病医师只是自由地预测,他们的预测却是十分严肃的,尤其是在对将来的暴力活动或者犯罪活动进行预测的时候。去年,我们看到联邦最高法院指定德克萨斯的一名执业医师预测犯罪人将来的犯罪行为,他的预测将决定这名被判有罪的杀人犯是否应被注射毒液执行死刑,德克萨斯州采取了这种方式作为死刑执行方法。[3] 我也赞成这样

〔3〕 *Estelle* v. *Smith*, (1981) 451 U. S. 454.

一名精神病医师——他也并不是唯一的一个——应当远离法庭，虽然并不一定要像我的喜欢怀疑的辩论对手所建议的那样送进"疯人院"。

不幸的是，在一个轻信又充满焦虑的世界里，有些立法者和法官可能会愿意将不适当的重担交给法院里的预言家，我想信这也并非不可能发生。他们也列队走向了范·登·哈格博士引导我们走向的曲折道路了。

欧内斯特·范·登·哈格：

我当然同意，除非犯罪人被拘捕，否则他们不可能受到惩罚，其他人也不可能被威慑。我完全支持拘捕——为什么康拉德教授暗指我反对这一点？——我还支持对被拘捕以及被确定有罪的人实施严厉的刑罚，包括死刑。拘捕他们并不是为了略予申斥。事实上，我认为，当犯罪会得到回报的时候，无论是因为犯罪人没有被抓获还是因为他们没有受到足够的惩罚，都会有一群可以被威慑的人没有受到威慑，他们会实施犯罪。正如康拉德教授所指出的，在每个大城市都有一大群成年人和少年抢劫守法的市民。但是假如对那些在抢劫中杀了人的犯罪人有经常适用的严厉的刑罚、包括死刑的话，这群人的人数可能会少一些。

对于康拉德教授成功地逃避了"刑罚是用来威慑犯罪的，也是法律规定要施予的，这个相当显而易见的主张的合乎逻辑的结果"是多么地恶劣还是多么地适当，我留待读者自己去发现。 82

约翰·P·康拉德：

我也要留待我的读者去判断，我的坚定的辩论对手是否揭示了他的显而易见的主张必然会得出要实施死刑这个合乎逻辑的结果。

▼
▼
▼

第五章

真的需要用死刑来威慑吗?

约翰·P·康拉德:

83 让我们来明确一下威慑的问题。所有人都相信刑罚会通过惩罚犯罪人以儆效尤的方式预防一些犯罪。刑罚的威慑力蕴涵在刑法典中间,通过警察的巡逻表现出来,当犯罪人被定罪判刑的时候,刑罚的威吓就会明晰地传达给众人。范·登·哈格教授和其他许多学习刑事司法体制的学生一样,都拥护判处的刑罚越严厉预防犯罪就越有效有这种观点。因为在他和其他许多人看来,相对于其他任何形式的监禁刑甚至终身监禁来说,死刑具有无法比拟的严厉性,他坚持认为,在通常的司法活动中,对于谋杀罪应当科以死刑。

但是从来没有过确凿的证据可用以证明威慑的有效性。在目前的论辩中,我们无须考虑刑罚对已被科刑的犯罪人的威慑力;而且,假如他被判处了死刑他可能也不会再实施犯罪了。但是我们无法了解,通过适用政府设置的各种刑罚,我们到底预防了多少潜在犯罪人的犯罪。我们甚至不能对范·登·哈格教授关于刑罚越严厉遏制的犯罪就越多的信念进行证实或者证伪。不过这并不能阻止道德与法律哲学家、社会科学家,以及大街上的普通人来思考这个问题,而且几个世纪以来,他们一直在思考这个问题。

84 当然了,有一个简单的逻辑可以说服理性的人。假如某一行为被认

定为犯罪，受到了处罚，那么刑罚应当足够严厉以抵消这个人预期从犯罪中可能获得的收益。也就是说，刑罚越严厉，就有越多人不会去从事犯罪行为。

这种推理假定潜在的犯罪人是理性人，正如经济学模型中的理性经济人一样。他们想要将收益最大化，而让损失最小化，他们整理出他们能够获取的所有信息，以便达到理性经济人的这一目标。我认为假如理性的犯罪人存在的话，他们肯定很少犯谋杀罪，而一旦他实施了谋杀，他的犯罪行为也通常不大可能被警察发现。

范·登·哈格教授也会承认，期望每个潜在犯罪人都会同等程度地受到摆在公众面前的刑罚体系中的每一种刑罚的威慑，这是不现实的。他恰当地指出，并不是每个人都会被威慑，有时候刑罚的威吓因为经常得不到确实实现而不可靠，有时候犯罪对于犯罪人具有很大诱惑力以至于他愿意冒上承受严厉刑罚的风险。但是，“另一方面，大多数人都认识到，犯罪是不合算的……”

这是一种适当的分析吗？我觉得不是。确实，对于某些犯罪来说，刑罚的威吓几乎无法信赖。在大多数主要城市里，警察机关对于入室盗窃、抢劫，以及小额的盗窃等案件的破案率是如此之低，以至于给具有一定逃避侦察能力的犯罪人提供了一种不受惩罚的合理预期。犯罪本身的刺激、同辈群体通常所施加的压力、吸毒造成的对于金钱的迫切需求，都会抵消关于参与实施犯罪的风险的认真反思。

同样，范·登·哈格教授也认识到，犯罪是不合算的。在这个观点上，他与绝大多数市民的观点一样。我认为，我们所有人认识到的东西还要更多。不仅刑罚的威吓和相形见绌的犯罪收益足以威慑我们，而且我们也服从于我们将自己作为道德参与人的义务，服从于我们的自尊，服从于我们的荣誉感，从而打消掠夺其他公民同胞的想法。

在预防犯罪方面，比被送上绞刑架处死或者在牢房里度过一生这些受到刑罚处罚的预期更为有力的东西，是人们在其一生中通过多年以来有意义的行为叙事而树立的心理上的连贯性。阿拉斯代尔·麦金太尔(Alasdair MacIntyre)是最为学富五车的道德哲学家之一，他将这种连贯

性概念当作个人人格的本质,他曾阐述如下:

85 我们所度过的人生不仅是我们个人的,而且在我们与他人共享未来的这种意义上,我们的人生也表现在彼此之间的关系中,我们彼此共同的未来包含着确定的可能性,有些可能性敦促我们向前,而有些则抵制我们前行,有些似乎早已被排除在外,而有些则大概必然会到来。没有哪种现在不能体现未来的映像,不能以各种……结局或者目的来体现其本身——而现在,我们或者是在朝着这些结局前进,或者是没能走向这些结局。因此,不可预期性或者目的论就是我们的人生的一部分;就如同小说的特征一样,我们无法预知下一刻会发生什么,但是我们的人生依然有某种形式用以折射我们的未来。[1]

我觉得,麦金泰尔所描述的个人特性的形成方式,对于我们理解威慑力的问题有着极大关联。一旦要虑及大家共享的未来,大量的决定——决不仅仅是实施罪行的决定,都会被思维排除在外,至少,在作为一名刑事司法学者的我本人看来,以及作为一名社会哲学家的范·登·哈格看来,作出这些决定是与我们的观念相背离的。正如我们俩都不可能下决心做一名赛车手、微生物学家,或者男高音歌唱家,我们俩也都不可能下决心成为持枪抢劫犯(mugger)、贪污犯,或者犯罪组织的成员。我们不愿成为犯罪分子,更多的取决于我们个人人格的连贯性,而不是对于犯罪可能招致的刑罚的恐惧。我觉得,这种拒斥犯罪的机制可用以解释绝大多数美国人选择远离犯罪的原因。

它还解释了刑罚学者在使成年惯犯摆脱其持续的犯罪生涯的努力中所面临的巨大困难。一旦惯犯为非作歹的心理占据了他的人格,这个犯罪人的自我观念也变得越来越固定。大赚一票的可能性总是那么令人心动,而与妻子、孩子的日复一日没有波澜的生活,以及稳定却乏味的工作则是那么令人厌恶。若干年以前,一名被判处了罪有应得的 14 年

---

〔1〕 Aasdair MacIntyre, *After Virtue: A Study in Moral Theory*, Notre Dame, Indiana: University of Notre Dame Press, 1981, pp. 200 – 201.

预防性监禁的英国惯犯在临近释放时尖锐又锋利地对我说过："在郊区生活一辈子，这种生活并不适合我。我也不要每天乘火车到城里去有规律的上8小时班，为一个因为他是老板就可以操纵我的生活的笨蛋工作。我明白我会再次入狱，但是为了我在外面能够自由自在地过我想过的生活，这也是值得的。"

位于这个连续统一体一端的，是与法律的威慑目的无甚相关的那些人，因为他们所致力的生活符合良好的公民价值。而位于这个连续统一体的另一端的那些人，对他们来说威慑力与对良好公民一样渺小；因为他们将犯罪的价值接受为他们个人人格的一部分，他们将会毫无疑虑的接受可能招致刑罚的风险。

86

但是这是一个连续统一体。与遵纪守法的公民有着些微差别的是那些会选择性的违反某些法律的人，通常是因为他们认为对他们来说威吓不构成足够的危险，他们能够把对法律的违反合理化，因此并没有打破他们自身对行为一致性的认知。有些人会谨慎地在自己的所得税退税上做假；有些人会从显然违法的可卡因或者大麻发售者那里购买可卡因和大麻；有些人则会觉得，尽管他们晚上喝了酒以后行为失常，但是并没有醉到不能开车的程度。这些人对自己的人格有所认知，不会实施暴力犯罪、性犯罪，或者毒品犯罪，他们与那些会实施各种犯罪确实有罪的犯罪人略有差别。

在这个连续统一体中还存在着中间地带，包括了人格还不稳定的年轻男女，威慑力就是适用于他们的。由于没人能够确定社会中多大部分人可以归入这个中间地带，因此我们也无从得知威慑性的制裁起到的确切效力有多大。我不认为在未来的几年里可能克服这些困难。这种方法也无助于人口普查或者最敏感最间接的调查研究。在这些研究中，强有力的主观臆断取代了通过科学方法无法获得的客观事实的位置。当政策决策的关键取决于对互相对立的不同主观臆断进行取舍的时候，对这些主观臆断的严格考察就有非常的必要了，正如我在本章中试图做的那样。

刑事司法体制所采取的威慑措施在降低犯罪率方面起到了正面效

应,对此我并不怀疑。并且我认为,假如法官对相应事务作出的裁决比他们通常表现的更可预期的话,刑事司法体制甚至会更加有效一些。但是,当我们要考察针对谋杀罪的威慑的时候,我们必须分析的就是一个更加狭义的问题了。与财产犯罪的破案率不同,谋杀罪的破案率很高,那些杀人犯通常会经历对抗制审判的完全审判程序。如果一名杀人犯被确认是有预谋地实施了谋杀,或者正在实施一项重罪,或者在以上情况下作为谋杀犯的同谋,肯定会受到监禁以上刑罚,而且通常是长期监禁。即便对于最愚蠢最有精神问题的犯罪人来说,无论他们选择什么方法来将罪行合理化,将会受到惩罚的前景都是可以预见到的。

但是,我们又一次可以按照以犯罪连续性为内容的犯罪人的个人人格意识的强弱,对杀人犯群体进行划分。每个人都是潜在的杀人犯——尽管这种观点是缺乏想象力的心理分析学者从他们对弗洛依德学说的本能冲动(id)中推衍出来的——但我认为这种观点是站不住脚的。这种观点类似于宣称绝大多数的美国人都根本不存在彼此杀害的危险的说法。那些存在被杀危险的人是生活在一种充满了敌意与贫穷的环境里的人,在那种环境里,希望是完全陌生的东西,放弃自己任由不幸肆虐是常态。在这种环境里,暴力是公开的活动,已被人们视做习以为常的东西了。那些生活在底层的人们对待自己的生命的态度是,失去无甚意义的生命也并未失去很多。当他们选择暴力行为的时候,很少有什么东西可以撼动他们让他们停手。

作为一名报应主义者,我已对威慑力作出了让步,我也必须对刑事司法体制中的所有功利主义观念作出同样的让步。威慑力是刑罚的次要功能,次于刑罚报偿有效公正的适用本身。我们之所以要惩罚犯罪,是因为刑罚是犯罪的固有结果,当然它也能威慑潜在的犯罪人,这正如监禁犯罪人会使他在监禁期间失去实施犯罪的能力,而在监狱中他有机会接触的职业培训可能会使他在出狱之后过上更加积极的生活。

但是威慑的却是一项无人能够量度其最终实现与否的刑罚目的。科以多大的刑罚才是适当的,才能遏制最大数量的犯罪,这也是一项无法用具有决定意义的科学研究来验证的命题。我们能够确定的只有两

件事情：威慑力对那些过着遵纪守法的生活的人来说没有意义。威慑力对那些犯罪行为已经习以为常且成为生活必需的惯犯来说，也没有意义。对于前者来说，除了对监狱或者电椅的恐惧以外，他们有其他更好的理由让自己不去犯罪。而对于后者来说，他们根本不在乎这些。

让我们暂时将位于刑罚哲学首位的报应主义放在一边，先来考察一下范·登·哈格教授提出的威慑的问题。哪类杀人犯在面对死刑的时候会受到威慑？

回想起我在圣昆廷监狱工作的岁月，以及我基于当时的便利对死刑执行活动的观察，我发现，就我所知，死囚区的犯人可以分为三大类。其中有两个重要例外，随后我也会很快对此作出说明。首先，我要先进行分类。

有一些犯罪人是极其可恶的强奸杀人犯，他们是绑架儿童的男性犯罪人，有时候也绑架成年妇女，先强奸她们或者对她们进行性侵犯然后将她们杀害。第二类是杀害妻子或者女朋友的犯罪人；大多数人实施这些犯罪行为后被判终身监禁而不是死刑。第三类犯罪人包括抢劫犯，他们抢劫受害人然后将其杀害，或者杀死想要逮捕他们的警察。总之基于各种理由，被判处终身监禁的一级谋杀犯都属于这些类别。 88

首先，这几种犯罪的特性之一是它们都不受威慑力的影响。强奸杀人犯是不能以任何的理性标准进行思考的犯罪人。他可能会计划在实施犯罪时不易被抓现行的时间来袭击受害人，但是通常那已经是他最大限度的计划了。他总是跟着感觉走，如果他杀害受害人，他显然是希望这样他就可以使受害人无法指证其罪行。许多这类犯罪人在被确认有罪之后的陈述中表现出来的羞耻感和自我嫌恶是如此明显，这也让我们觉得杀死受害人的部分良心上的动机是因为他们希望自己死于毒气室。假如这样一名杀人犯知道可能发生的最坏的情况是他将在州立监狱里带着回忆度过余生的话，那么他是否会给受害人一条生路，我们不得而知。

杀死配偶、爱人或者情敌的犯罪人是典型的激情犯（*crime passionel*）。我确信无论是我还是范·登·哈格教授都不愿意宽恕这种谋杀

行为，因为我们都不会容许犯罪人受益于某种"不成文法"，即爱情的欺骗和背叛可以使夺取背叛者的生命的行为正当化。但是在这些事件中，杀人犯很少考虑甚至没有考虑到其行为的长远后果。我记得只有一例杀死配偶的犯罪人在决定谋杀行为的时候是经过理性思考的，促使她杀人的激情不是爱情，刑罚也没能遏制她实施杀人行为。她在我分配到圣昆廷工作之前不久被执行了死刑；所以我没有机会聆听她本人所讲述的故事的版本。若干年之前，她因为毒害第一任丈夫、骗取其保险金而被判处二级谋杀。她服刑一定期限之后被假释，然后再婚。她又毒害了她的第二任丈夫，或许她是觉得最坏的可能性也就是再次短期入狱。恰恰相反，这次她被判处了死刑。我猜想在圣昆廷工作期间，我所认识——或者听说过——的所有杀人犯中，她可能是最理智的。我无从得知她会想到她的行为中出现了哪种错误估计。

大多数杀死配偶的人都是在愤怒中实施了杀人；决定其行为的最重要的影响力量是报复的愿望。范·登·哈格教授可能会认为，假如受到欺骗的丈夫、妻子以及情人一方充分认识到如果他们实际开展了其谋杀的意图的话，刽子手就在前面等着他们的话，欺骗了他们的感情的丈夫、妻子以及情人的人身将会更安全一些。一旦面对终身监禁或者在监狱里等待走进毒气室或者走上电椅的时候，他们作为一种无法挽回的悲剧的生还者都变得驯良而且悔罪，我从未听说这种人在假释之后，又再次犯下罪行，当然我想再犯的情况也是有可能发生的。我在之前的一章中曾经提到过一个杀害妻子的犯罪人坚决认为自己无权继续活下去，要求立即对自己执行死刑。我相信他这样的情况只是很特殊的例子，但是我不认为国家在这种情况就成为了自杀行为的帮凶。

89

只要枪支能够轻易获得，美国的抢劫案发案率就将一直位于世界的前列。有些有经验的抢劫犯会比较小心，在行动之前先不让枪支上膛，但是大多数的抢劫犯都是没有经验的初犯，大多数都是对世界怀有深刻敌意的年轻人，他们没有安定的常驻的生活地点。他们不仅是生疏的抢劫犯，他们还胸怀怒火，对他们所持的武器知之甚少。其中大多数都非常愚蠢，很容易被他预料之外的受害人的反应给吓到或者因此行为失

据。可想而知，他们的枪有时候会走火，在比较近的距离内，发生死亡事故也是意料之中的了。持枪抢劫犯都没有想到过自己会被逮捕，即便他开枪杀了人，很不幸的是，他经常都能够脱逃。被逮捕、审判、入狱或者获得死刑判决的前景并没有进入他考量和计算的范围。他基本没有什么可以失去的东西。他来自一个暴力才有说服力、暴力行为早已习以为常的城镇。他的人生充斥着日复一日的挫折和困顿，很少有过满足感。对于有些抢劫犯来说，不过不是大多数的抢劫犯，偿付给毒品经销商的金钱需要压倒了其他任何考虑。

抢劫是缺乏技术的犯罪人的职业（*métier*）。所以把那些实施了全国大多数抢劫犯罪的年轻人想象成诡计多端的有计划的阴谋家，认为他们也能进行审慎计算，如社会科学家通常用来预测理智而有谨慎的人的行为时假定的那样，是很荒唐的。如果范·登·哈格教授和我打算计划某一天去实施抢劫，那么，我们会考虑可能有多少收益，找到一个合适的富裕的受害人的最佳地点，犯罪伙伴的可靠程度，以及可能的话，还有被逮捕的风险，以及抢劫赃物的分配和处理，这样，在所有可变因素全部考虑进去之后，我们极有可能会发现，没有一个计划实施以后可以保证在抵消了风险之后还有足够大的收获。典型的抢劫案，比如英国的火车大劫案（the Great Train Robbery），[1963 年 8 月 8 日，一伙持枪歹徒从苏格兰格拉斯哥开往伦敦的铁路邮车上盗走了 260 万英镑现金（相当于现在的 4000 万英镑）——译者注，]或者时不时出现在我国新闻头条的有些专业银行抢劫活动，需要一系列的装备和配套措施，这些已经超出了抢劫杀人犯的能力范围了。尽管这些犯罪活动的杰出之作最后也通常被警察破获，这些案件里却很少有凶杀行为发生，这仅仅是因为在这些案件的计划当中不需要实施极端的暴力。

但是计划不是抢劫杀人活动的特征。只要犯罪人有枪在手，谁都可以成为受害人。在极少数的案例中，由于受害人恰好身上带的现金很少或者不明智地进行了反抗，他可能换来一顿毒打或者挨枪子儿；然后抢劫犯会另外再找个人来试试自己的运气。我们又怎么能够期待刑法中规定的最严厉的极刑的惩罚会对这样一名犯罪人的行为产生影响呢？ 90

有两个人是无法归入我所描述的三类犯罪人中任何一类的例外情况。这两个人都不是杀人犯。其一是卡里尔·切斯曼(Caryl Chessman)。他模仿警察使用的红色聚光灯让一名开车的妇女停车,然后将其绑架和强奸,因而被判刑。其二是韦斯利·韦尔斯(Wesley Wells),他是一名黑人囚犯,在监禁期间和释放之后都有使用暴力掠夺他人的记录,其中最恶劣的一次就是在一次事件中,他用痰盂打破了一名保安的头部,造成的伤害致使受害人终身瘫痪。

切斯曼在他本人策划了各种聪明的法律策略,周旋将近10年之后被执行了死刑。他申请了一次又一次的人身保护令,既有州法院的还有联邦法院的;他搞到了有着来自全世界的成千上万个签名的请愿书,递交给加州州长;所有这些活动中最有影响力的是,他在死囚牢房里写成的一系列文笔优美的自传体和半自传体形式的书稿,最后还交到了出版商的手中。这些稿子成为了畅销书。人们对这个讨厌的年轻人所拥有的叙述散文写作的天分,产生了巨大的同情。

他总是申诉他没有犯他被宣告的罪行,他是无辜的;证明其有罪的证据都是间接证据,只是因为他有长期的暴力犯罪的记录而使他被逮捕,对他的有罪宣告只是貌似有理而已。我一直觉得他是有罪的,但是无论他有罪与否都与我想要论述的问题关系不大。由于他被判处了死刑,结果一件举世瞩目的事件(*cause célèbre*)产生了。近10年来,切斯曼成为了一位名人,他的困境给加州的刑事司法执行活动提出了诸多质疑。假如他被判处一定期限的监禁的话,我们很难想象他居然会成为他如今这样的一种象征——反抗现存的刑事司法体制的权力的无依无靠的服刑人员。

切斯曼是一个犯罪经验累累的惯犯。他熟知法律,他也懂得司法体制,他还认为他明白自己比那些制定法律和执行司法体制的人要更聪明更机警。他觉得,对于其他一些聪明的惯犯来说,他和权威所玩的赌博体现出来的魅力只能是一种想象。我认为他充分认识到了他所冒的风险,在一种陀斯妥耶夫斯基式的赌博(Dostoyevskian gamble)中,他赌输了,只是赌赢并不真的是他游戏的目的。威慑力对他所实施的犯罪来说

毫无作用；威慑力没有任何意义。切斯曼是这类人中最著名的一例；在我们的监狱中和社会上还有许多象他一样的赌徒，他们与命运，与我们的刽子手玩赌博游戏。

韦斯利·韦尔斯另外一个更广为人知的名字是鲍勃(Bob)，他是一个顽强的黑人罪犯，对年轻的白人囚犯有着很大的吸引力。他周围每个人都怕他。与他那一代的许多罪犯以及今天的罪犯一样，他最重要的优势就是他在暴力犯罪方面的名声，他竭尽所能来维持这种声望。有些这样的罪犯还把他们的名声带进了监狱；作为暴力活动的名人，他们的辉煌历史让他们成为轰动的头条。其他的罪犯在监狱里用暴力行为或者以暴力相威胁营造出让别人恐惧的超凡魅力。我没有充分的资料来了解韦尔斯的背景，从而也不能确定他在社会上获得了什么样的声名，但是很有可能他的声名是监狱文化的典型产物。他在死囚区里待了很多年。最后他的死刑被替换成了终身监禁；他回到了圣昆廷监狱的普通犯人中间，在那里他经常胁迫弱小的犯人，直到有一天他错误估计了他的受害人，结果得到一顿暴揍。然后他沉寂下去，成为一名无害的老囚犯，最后获得假释。在假释两年后，他去世了，他死的时候已经是一名无害的老年人了。

韦尔斯是存在人身危险的囚犯的典型例子，他在其壮年时期运用恐惧来作为其实现个人满足的工具。他对如此小心谨慎地培养起来的声名的满足，给他带来了隔离监禁的结果，在受到严格约束的囚室中根本不允许自由活动，当人在如此限定下生活的时候，监狱管理机关也不得已地承认了他的声名的真实性。由此形成的邪恶圈子并未因为威慑力而打破。韦尔斯是监狱里的掠夺者和暴徒的典型范例，这种人无论在哪里都会给其他人带来危险。就算在进行了最大化监管的监狱里也会有一些象鲍勃·韦尔斯这样的人，他们通过暴力得到了声望的巅峰，在这个盛名之下，他们发现即使他们希望从这个巅峰状态退下来，但是得体地引退实际上是不可能的。我们从未发现施加更严厉的刑罚的威慑性威吓能够将他们征服。

从这种意义上来，我的观点是，以上几类被判处死刑的杀人犯属于

那类最不可能受到死刑威慑的罪犯中的一部分。他们或者因为受到内心的魔鬼的驱使,或者因为真实的或幻想中的背叛所激起的狂怒,或者是在抢劫的过程中,杀了人。这些人都不是具有充分的理性的人,他们不能够把走进毒气室或坐上电椅的可能性的估计列入其考虑范围。变态的性侵犯犯罪人、被背叛的配偶和情人,以及持枪的抢劫犯,构成了赞成死刑的人希望去影响的对象人群。我认为显然这些人是一小部分人,他们不会受到理性或者法律的威吓的影响。

92 但是还有两类杀人犯有可能受到刑罚威慑力的影响,但是这两类人在国家死囚区里并不具有代表性。我曾经受雇于加州行为矫正部(California Department of Corrections),在那里工作了20年,我从未遇到、也未听说过一个实施暗杀的犯罪人(a contract hit man)被判处死刑。监狱里偶尔有一些有组织犯罪的代表,当然了,在联邦监狱里以前有过而且现在仍然有大量的有组织犯罪的成员,首先是有这样一些著名的杀人不眨眼的人物,诸如20世纪20年代和30年代的刀疤脸阿尔·卡彭(Scarface Al Capone)和机枪凯利(Machine Gun Kelly)。莎拉·戴克(Sarah Dike)对死刑状况的整理让人大为震惊,"在1919年至1968年期间,芝加哥共有1 004例黑社会杀人案,其中23人被定罪,4人被判处终身监禁,没有一例死刑。"[2]无可否认,对有组织犯罪的"实施者"进行逮捕、审判和定罪给整个刑事司法体制造成了特殊的困难。然而,我们可以想象,从精于计算的理性人对于这样一名职业罪犯的预期来看,当这样一个人被抓住,接受审判,然后迅速被执行死刑,其结果很显然就可以最大限度地威慑他的同伙。但是显然这是不会发生的,对此我也不敢进行解释。不过,假如鼓吹死刑的人是在认真对待自己的威慑论的话,那么实施暗杀的杀手是最应该执行死刑的人选。

第二类可威慑的杀人犯是醉酒驾车的司机,至少在加州,酒后驾车

〔2〕 Sarah Dike, *Capital Punishment in the United States* , Criminal Justice Abstracts, vol. 13, no. 3, September 1981, p. 438.

的司机需要负责的凶杀次数比其他所有形式的谋杀数量加起来的还要多。[3] 那些实施了交通工具谋杀的人经过了短暂的一系列决定之后，就走上了犯罪道路。即使他们要开车，他们还是决定喝酒，或者是他们决定不节制地喝酒。尽管酒后驾车对他们本人和其他人的危险到处都有发生而且经常公布，他们喝醉之后，还确信自己仍然适合开车，他们的朋友也没有说服他们不开车。被他们撞死的人就像那些被一级谋杀的杀人犯杀害一样死掉了，他们的家庭也同样悲痛地不能自已。而酒后驾车的受害人的人数却比死于一级谋杀、二级谋杀、一般杀人罪，以及“无过失”杀人罪的受害人人数加起来还要多。

如果觉得通常来讲，大多数肇事杀人的司机比其他冒着死刑的风险谋杀的杀人犯要更理智，这样认为并非不合情理。他们出自人数众多的酒后驾车群体，他们明知如果发生了死亡的意外，可能发生的最坏的情况就是相当短暂的一段时间的监禁，而实际上接受任何刑罚惩罚的可能性都很小。1978 年，全国共有1 200 000人因为醉酒驾车而被逮捕，而且显然这只是所有酒后驾过车的人中的一小部分。认为对酒后驾车致人死亡将面对死刑的威吓对酒后驾车群体来说，相对于非同一般经常会受到死刑威吓的人，会更有影响力一些，这种看法并非没有道理，因为酒后驾车的人在其他情况下通常不是犯罪人。然而我很少会见由于醉酒驾 93 车，或者受交通肇事，致人死亡指控而服刑的男性或者女性，我也从未在死囚牢房里遇到过这样的人。实际上，这样的犯罪人通常只会受到最轻微的刑罚处罚，有的时候甚至只要求他们在业余时间执行一些公共服务。

当然了，我并不提倡对醉酒的驾驶机动车致人死亡的司机适用死刑，但是很显然假如威慑真的是刑法的目的的话，对这些以不负责任的方式致人死亡的人判处更强有力的刑罚，会比将杀死配偶以及抢劫杀人的犯罪人送上电椅，更能始终如一地保全公众的生命。

---

[3] 1977 年，在加州共有 2626 人死于醉酒司机之手。而同年，从一级谋杀罪到“无过失”杀人罪的所有谋杀一共有 2564 起。

我将在其他章节谈到有关死刑遏制谋杀罪的效用的经验数据。没有任何资料能够稳定的支持死刑保留论,我认为,只要将谋杀案的种类考虑在内,那么所有证据都显示出非决定性的倾向的原因为何,就清晰可见了。社会用死刑来对付的那几类杀人行为,并不像诸如范·登·哈格教授这样的死刑倡导者假想的那样,受一定的理性机制的约束并且是可以威慑和遏制的。

人们在几个世纪之前就已经明白了所有这些道理。我和我的辩论对手之间展开的这场辩论,在2 400年前的雅典广场上曾经有过同样雄辩滔滔的辩论先例,这场辩论被卓越的历史学家修昔底德(Thucydides)记录下来,他当时似乎确实出席了这场辩论。由于观点不能脱离其时代背景来理解,所以我必须先对当时的情况做一个简短的补充。

辩论发生在公元前428年的雅典,这时伯罗奔尼撒战争已经打到第三年,雅典在这长战争中最终输给了斯巴达。当时雅典城处于战争的强大压力之下,但是又确信自己能够最终赢得胜利,此时雅典的附庸城邦之一米推利尼(Mitylene)决定取消与雅典的结盟,转而将自己的命运交由斯巴达来庇护。雅典立即派出一支海军舰队去征服叛乱的米推利尼人。远征任务获得了胜利;米推利尼的政府官员和斯巴达的军事顾问被抓起来带回了雅典。雅典决定将他们立即全部处死,然后就这样执行了。

在决定处死这些人的集会中,克里安尼都(Cleaenetus)的儿子克里昂(Cleon),他是修昔底德书中所描述的"雅典城邦最暴力的人",他建议对米推利尼采取进一步的手段。他劝说大会传达一项命令,将米推利尼的全部成年男子处死,将妇女和儿童沦为奴隶。最后集会派出了一艘船去通知占领军的指挥官集会作出的这项决议,命令他马上执行这项决议,不得迟延。

94

集会第二天,欧克拉底(Eucrates)的儿子狄奥多德(Diodotus)建议采取行动撤销这项决议。由此引起的辩论由修昔底德记录下来,这场辩论所论述的问题从那个时代开始至今一直持续存在,在若干个世纪一直激起众多反响——只是后来的辩论从未如这一次那样雄辩。

克里昂以一通演说开启了这场辩论,他在集会面前反对撤销行动。他对米推利尼人背信弃义的行为进行了谴责,然后他又奚落了知识分子的多愁善感,认为知识分子自以为自己比法律还要更明智。他以某个主题做总结,即他表示了对将来的背叛结盟的行为进行威慑以及其不知羞耻的报复性在内的意思:

像他们罪有应得的那样惩罚他们,用这个让人印象深刻的榜样来教育你们的其他盟国,背叛的惩罚就是死亡。让他们一次彻底了解这一点,只有这样,在你与你的盟国打仗的时候,你才不会老是忽视你的敌人。

狄奥多德反对克里昂的看法,他走上发言席。他谈到了谣言惑众的邪恶,敦促城邦基于自己的最佳利益来对此类事情作出决定,然后他继续说到:

所有人,无论是城邦还是个人,都一样会犯错。没有法律能够防止人们犯错,否则为什么人们要费尽各种惩罚措施将它们规定到法律里面,来防止自己受恶人侵害呢?很有可能在远古时代对最严重的犯罪的惩罚也比现在要不严厉得多,正如这些刑罚都被人漠视,大多数案件中适用的死刑也在不同程度上以类似的方式被忽视了。要么找到比这更加恐怖的让人害怕的方式,不然我们就得承认用死刑来约束人是没有用的;只要贫穷给人们寻求必需品的勇气,或者富裕给予他们属于傲慢和骄纵的一部分的野心,只要希望什么都不缺的冲动驱使着人们走向危险,生活的其他情形始终是致命的和手段高明的激情的奴隶。希望也一样,它与贪婪如影随形,一个想到尝试,另一个就会想起得到的便利,导致最广泛的毁灭,然后,尽管看不见的手段总是比看得见的危险要强大得多……总之,预防是不可能的,只有极其天真的人才会希望去预防人类的本性,让人们不去做头脑想到去做的事情,无论是用法律的强制力或者任何威

慑的力量。[4]

狄奥多德的观点以微弱的多数赢得了支持;第二艘船被派到米推利尼去,恰好在对米推利尼人进行大规模处死之前阻止了命令的执行。

对大量很有可能都是无辜的人执行死刑,和对一个确认有罪的抢劫犯执行死刑,很显然是两回事,但是两者相比之下,很有可能前者比后者更加适合造成威慑。无论我们考察的是米推利尼人的处境还是抢劫犯的处境,对于威慑的合乎情理的考虑都会让那些在内心里想着国家的最佳利益的人得出这样的结论,即,无论法律想要以什么样的威慑性影响来预防谋杀,都不需要用死刑来威吓。我将在其他章节向大家阐明,统计学家和社会科学家收集的经验数据也支持了这一分析结论。

95

欧内斯特·范·登·哈格:

我要再一次找出一些不同意康拉德教授的说法的地方。但是我想澄清一点,我对他在本章中雄辩地论证的许多内容都是赞同的。

按照康拉德教授的说法,威慑理论"假定潜在的犯罪人是理性人,正如经济学模型中的理性经济人"。威慑理论并没有作出这种假设,经济学理论中的假设也不是那种意义上的。经济学模型中的理性人有利于帮助我们理解,要把我们想要最大化的目的最大化用什么方式将会最合理。正如威慑论理论家一样,经济学家十分清楚人们也很少计算。大多数行为都是习惯性的,有很多受情绪支配而不是计算的结果。而且,人们通常有多重目的,却并不能完全意识到自己的全部目的。我们也很少了解到我们需要的每一样东西。最后,我们也基本上不会以最理性的方式去得到我们知道自己想要的东西。所有这些都不是新闻。

理性的模型当然并不就是现实中的人的肖像。这只是要表达清楚,当人们想要理性地达到任何既定目的的时候,他们将如何,或者应当如何行为。这样的模型有多少帮助呢?如果有人假定这样的模型描绘的

[4] Thucydides, *The Peloponnesian War*, trans. R. Crawley, New York: Modern Library, 1934, pp. 167 - 170.

是人们实际上的各种动机以及作为个体的人所有的动机的话，那么就会产生误导。它们实际上并非如此。但是假如我们不作出这种愚蠢的假设，经济学模型会与电脑，与物理学家的没有空气阻力的重力模型一样有用。毕竟，尽管消费者可能不会去计算，但是商家是肯定要计算的。他们努力预测消费者的行为，并影响消费者的行为。商家非常理性地相信当他们降低价格，就会刺激购买者的消费热情，而过高的价格则会阻碍消费者购买。尽管消费者很少计算，但是这些也都千真万确。为什么刑法就不应该将犯罪的高成本（刑罚就是犯罪人支付的代价）计算进去，作为阻碍呢？ 96

即便是用来描述老鼠的行为模式，理性模型也是有用的。老鼠当然不会计算，我们也没有谈到过理性的老鼠。然而在研究实验的过程中，我们可以发现，老鼠就像计算了一样往往会对刺激和阻碍作出反应。我们可以运用我们的计算来预测它们的行为，而不用假设老鼠也会计算，因为老鼠只做会得到奖励的事情，避免会受到惩罚——比如，电击——的事情，就像人一样。学生比老鼠稍微更接近人类一些，包括犯罪人。来看一下下面的例子。

选择题“小测验”发给了几组学生，要求他们核对自己选择的答案是否正确，自己计算自己的成绩。[5] 三次中总有一次，学生作了弊（改掉自己原来给的答案）。没有人劝诫他们要诚实，也没有人威吓他们作弊行为会受到处罚，这样的作弊情况在控制组中始终没有变过。

在学生被人劝诫要诚实的情况下，作弊的比例并没有减少。相反，作弊率反而上升了：之前作弊率为34%，现在学生在有机会作弊的时候41%都作了弊。作弊率的上升着实让人大惑不解。“教育人或者劝诫人”通常是用来作为减少犯罪活动的方式的：这种方式无论在道德上还是在经济上，花费的成本最少。但是这种方式却也是无效的，甚至在这

---

〔5〕 See Charles Tittle and Alan R. Rowe, "Fear and the Student Cheater," *Change* (April 1974). Also, "Moral Appeal, Sanction, Threat and Deviance," *Social Problems* 20 (1973), p. 48.

里，还起到了反效果。或许学生觉得，劝说就意味着不会受惩罚。

而当威吓要惩罚作弊者，而且惩罚也确实会付诸实施的时候，作弊率从34%减少到了12%。作弊减少的程度——将近2/3——在惩罚付诸实施的可能性降低的时候，也会稍微少掉一些。

实验还发现，对于那些真实的成绩水平大大低于自己期望的等级或者应该达到的等级的学生来说，作弊的情况最经常发生，而且惩罚的威吓也最没有效果。因为他们从作弊中所得利益最大。

这一实验可以得出以下三个暂时性结论：

1. 即便是对于已经将社会要求其遵从的道德标准内化为自身行为规则的人来说，道德的劝诫也有可能是无效的，或者会起到反作用。

97

2. 惩罚的威吓可能会很有效，惩罚越可信，效力越大。

3. 对于从犯罪活动中可以得到最大利益的人来说，他们最不能禁受诱惑。对他们来说，惩罚的威吓最没有效用。犯罪人从犯罪活动中能够得到的预期利益越大，用以威慑他们的威吓也就要越大。因此，大体上可以说，贫穷的人比富有的人更容易受诱惑，更不易被威慑。野心勃勃的人比心满意足的人更容易受诱惑，更不易被威慑。

基于以上所有阐述，对于一些犯罪人来说确实如康拉德教授所说。有些犯罪人可能是完全非理性的，完全不受诸如激励和障碍的影响的。这些不受威慑影响的人在犯罪群体中的比例无法预知。如果有一天我们的法律体制允许我们去鉴别这些人并限制其行动的话，我们能够采取的最好的措施就是，只要他们活着，就把他们隔离起来，与世隔绝。但是大多数人都是顺应激励或者障碍而分别行事的，假如激励与障碍能够良好地构建起来，那么大多数人都不会变成犯罪人。他们可以被威慑。就是现在，尽管刑罚的施行如此之少，如此仁慈，使得人们对于刑罚的恐惧之心大大降低，但是大多数人也没有变成犯罪人。

但是，尽管人们都变得越发富有，所受的教育越发良好，但是犯罪率却仍然持续上升。这证实了一项事实，即，人们是依照激励或障碍相应行事的，而障碍，也就是刑罚，尽管如今很少适用，在我们的刑事司法体制下也显得恣意和任性，但是还是必需的。许多人如今都发现，犯罪活

动已经变得非常理性了：犯罪所能得到的利益越来越大；这也是为什么犯罪活动越来越猖獗的原因。在美国，在司法实践中废除死刑确实造成了令人遗憾但是却正确的认识，即犯罪的风险回报率已经变得对犯罪人相当有利了。与康拉德教授所坚持的恰恰相反，我认为许多犯罪人是非常理性的。尽管康拉德教授没有认识到犯罪可以获得利益，但是他们却认识到了。而社会则是非理性的。社会只对那么少的犯罪人实施了惩罚，而且刑罚如此仁慈，甚至在许多案子中犯罪人实际上毫无损失，使得犯罪非常划算，而社会却只会抱怨犯罪人非理性，犯罪率持续上升。

以一种寻常的犯罪比如入室行窃为例。1980 年，纽约发生了超过 10 万起入室行窃案件。而到 1981 年，却只有 19 人因为入室行窃被判入狱。这么低的刑罚适用率是否有可能就是如此高的入室行窃发生率的一个原因？或者来考察一下偷车行为。1980 年，纽约有不止 10 万辆车被偷走、转卖，或者被拆分为零件卖掉。然而，在 1981 年，纽约监狱里只有 8 人因为偷车而坐牢。[6] 1980 年总共发生了625 222起重罪控诉，其中87 000起重罪控诉有嫌疑人被逮捕。而只有不到9 000人因为重罪被送进监狱。[7] 真真让人遗憾，犯罪人十分正确地认识到犯罪是划算的。当然了，犯罪有多划算要从一个人所处的位置来看。如果你过着理智的生活，有着过得去的良好的社会地位，即便以穷人的标准来看某一犯罪活动非常合算，对你来说，冒险丢掉合法收入和合法身份去实施犯罪活动也是不划算的。但是假如你的收入和社会地位都很低，你会发现犯罪能够以很小的风险，换来生活形势的大大提高。除非你具有太多道德上的顾忌，你很有可能会冒上风险去实施犯罪。而有大量的人都没有太多道德上的顾忌。

98

直到犯罪对于大多数人来说事实上都变成了一种非理性的活动的时候，犯罪率才会停止继续上升。只要相对不严重的犯罪不会真的受到

〔6〕 See Michael Kramer, "Keeping Bad Guys Off the Street," *New York Magazine*, 8 February 1982.

〔7〕 *New York Times*, 18 April 1982.

处罚，犯罪人就会认为即使他们犯了谋杀也能够幸免逃脱。毕竟，谋杀也经常是犯罪人在实施一些较为细小的犯罪的时候发生的，而对于那些细小的犯罪我们基本上已经不会处以刑罚了。当一个人在反抗行凶抢劫或者抢夺的时候，或者当一个人发现自己的汽车被窃的时候，他很有可能就会冒上被杀的风险。而当一名犯罪人怀疑自己得到原先说好的那一份赃物的时候，或者当他愿意指证其同伙的时候，谋杀也有可能会发生。杀人犯可以无法控制自己的情绪，精神错乱，以及甚至无法识别自己犯罪的不正当性来为自己辩护。这是多么不可思议的辩护理由啊：假如他们能够识别自己行为的不正当性的话，他们很有可能就不会犯下谋杀罪了。所以，在某种意义上，犯下的罪行反而成了一种免责理由。[8] 我们每年大约会遇上将近2万名杀人犯，大多数杀人犯都能够识别自己的行为并被确认有罪，然后只被判处短短数年的监禁。假如我们想要鼓励犯罪，包括谋杀，那么我们当前的司法实践就是理想的类型了。我不知道理性的犯罪人是怎么样的，但是我猜想他们大概比刑事法学家还要更理性。

但是康拉德教授声明“假如理性的犯罪人存在的话，他们肯定很少犯谋杀罪，一旦他实施了谋杀，他的犯罪行为通常也不大可能被警察发觉”。首先来看一下他的这个特别陈述的最后一句，康拉德教授当然不是想说这样的理性的犯罪人从来没有被警察发现过。无论如何，在他的陈述中，康拉德教授的声明是无法验证出结果的：我们无从知道有多少没有被警察发现的杀人犯。我们只能知道我们实际已经发现的杀人犯。但是假如理性的杀人犯只是在有些时候会被发现，而且发现的次数不像99 人们所希望的那样多，那么为什么这会成为反对对我们已经发现的杀人犯适用死刑的论据呢？发现犯罪的困难程度，或者罕见程度，几乎不能成为罪行的减轻处罚情节。

当然了，理性的犯罪人确实存在：否则我们要怎么称呼骗取保险费

---

〔8〕 当然了，法律会要求独立于行为本身的证据来证明犯罪人无法识别其行为的不正当性。但是在实践中，事实本身往往就成了证据。

的杀人犯、契约杀人犯（contract murders）、职业杀手（murders by hit men）、为了遗产而杀人的、为了情人而有预谋地杀死丈夫的妻子（或者有预谋地杀死妻子的丈夫）——实际上，也就是大多数的有预谋的杀人犯？

无论如何，至少在我看来，康拉德教授指向了错误的方向。那些犯了杀人罪的杀人犯可能是理性的也可能是非理性的。死刑的威吓则是针对那些至今尚未犯下杀人罪的人的。如果只有那些非理性的人会犯杀人罪，而且死刑则有助于制止他们实施这种活动，那么死刑就是非常成功的了。“陌生人谋杀（stranger - murders）”[9]数量的增长显示，随着死刑威吓的逐渐减弱，杀人犯中增加的那部分犯罪是由理性的人犯下的——这也是在理论上与实践上须要恢复死刑的所有理由中，同样确凿的理由之一。

我确实也认同康拉德教授所说的，如果我们的自我形象中不包括犯罪活动，我们跟其他人相比之下就比较不可能去从事犯罪活动。但是自我形象是如何形成的呢？为什么自我形象就不包括犯罪行为？我们可能不愿意承认，但是刑法的威吓也是形成我们的自我形象的因素之一。即使在自我形象形成之后，如果刑法的威吓不存在了，我们还是可能会从事一些，至少是某些往往是非暴力的犯罪活动。关于自我形象，让我再次引用一下詹姆斯·菲茨詹姆斯·斯蒂芬爵士（Sir James Fitzjames Stephen）的观点：“有些人不去杀人，很有可能是因为他们害怕假如他们犯了杀人罪，他们就会被绞死（也就是说，他们害怕付出的代价）。成千上万的人不去杀人，是因为他们认为杀人是一件非常恐怖的事情（也就是说，他们具有理性的或者情感的内在约束），他们把杀人看作是一件非常恐怖的事情的一个很大原因，则是因为杀人犯都被绞死了（也就是说，

---

〔9〕 即杀人犯与受害人并不相识的谋杀案件，比如诸多在抢劫过程中发生的谋杀。根据 1974 年 3 月 23 日《纽约时报》的统计，1968 年，所有的谋杀案件中有 20% 是 陌生人谋杀，而到了 1974 年，陌生人谋杀的案件比率增加到占所有杀人案件的 34%（the *New York Times*，23 March 1974，p. 41，column 6），这一增加的比例超过了 50% 。.

威吓塑造了习惯,习惯成为了自我形象的一部分)。"[10]简言之,我并非不同意康拉德教授所说的自我形象在人们守法或者维持守法行为中的重要性,但是我认为,法律的威吓,包括死刑的威吓,在塑造人们守法的自我形象的过程中起到了重要作用——尽管很少是有意识的。

100 如果没有法律的这些威吓,大多数品行端正的公民都有可能从事犯罪活动。试想:几乎每个人在飞往某处的时候,都要买机票,然后在登机之前交到检票员手上。很少有人会逃票。现在我们假设,航空公司跟康拉德教授一样信任自我形象的约束作用,决定撤销检票员一职。旅客仍然应当买票,但是没人会检查他们是否有票在手。结果会如何?起初,人们会继续买票。但是随着消息传开,没票的人也能搭乘飞机,除了毁损自己的自我形象之外,也没有受罚之虞,我敢肯定越来越多的人会"忘记"买票,只有很少一部分盲目诚实的人会继续买票。[11]

人们不太可能实施暴力犯罪。然而假如这不是因为法律的威吓(或者,不存在法律的制约,或者朋友的约束)的话,又有什么能够预防凶暴成性的人或者恃强凌弱的人以武力对付弱小者呢?当然,康拉德教授不会成为一名持械抢劫犯。由于他的天分以及法律的现有规定,他作为一名教授会做得更好。但是假设天分与法律两者都不存在呢?他所说的自我形象问题是正确的,但是他忽视了武力,包括法律,所塑造的自我形象。顺便插一句,在几起著名的事件中,诸如在警察罢工的时候,犯罪人非常理性地犯下了比平常情况下要多得多的犯罪,正确地算计到他们不可能被逮捕以及判处刑罚。

常业惯犯,那些由于"在郊区生活一辈子并不适合我"的人,不会,或者不大可能会被威慑。但是大多数人,如果给以足够严厉的刑罚的威吓的话,他们就会发现非犯罪人的活动已经足够具有冒险性了。他们可能会避免"在郊区生活一辈子",但是也没有变成犯罪人。这是可以做

[10] J. F. Stephen, *A History of the Criminal Law in England*, London: Macmillan, 1883.

[11] 顺便说一句,我认为,这种情况不一定会发生在城市公交车上。如果涉及的金钱数额很小的话,大多数人可能会选择诚实买票。而如果数额相当大的话,管制和刑罚的威吓就有必要了。

到的。虽然如此,除了令人遗憾的例证以外,康拉德教授所说的有一点则是正确的:有一些人不会被法律的威吓所威慑;另一方面,也有一些则需要法律的威慑。只不过法律的威慑性的威吓是针对那些既会受法律威慑也需要法律威慑的绝大多数人的。或许,生活年代大大早于弗洛依德的列夫·托尔斯泰(Leo Tolstoy)所写下的"每一种犯罪的种子都植根于我们每个人身上"是有些夸大其辞了。我们中间也有天生就遵纪守法的人。但是这种人并不多见。不过我相信,托尔斯泰所说的"种子"只在我们少数人身上萌芽和成长了起来:犯罪种子也需要适合萌芽和成长的环境。增加犯罪的成本,[12]使得环境不利于人们去犯罪,就是法律的任务;而让我们所有人都会感觉到的杀人冲动,虽然没有成型且晦暗朦胧但是都不适合实现,则是死刑的目的。

101

值得注意的是,康拉德教授在其论述中始终通过描述或者引证一些犯罪人的方式,来举例证明,我们不需要死刑是因为一般说来刑罚不能威慑犯罪人。但是他所举例的犯罪人显然是不会被威慑的那些人。但是要点在于,我们要威慑的是那些没有变成犯罪人的人,或者还没有成为犯罪人但是有可能会成为犯罪人的人。那么又说什么"杀人犯很少考虑甚至没有考虑到其行为的长远后果",说什么强奸杀人犯不能以理性标准来考虑？那就说明了他为什么成为杀人犯或者强奸杀人犯。威慑的重点在于制止那些稍微有点理性的,只是在某些情况下会很想杀人的人犯罪。用康拉德教授的话来说,"把这些实施了全国大多数抢劫活动的年轻人想象成诡计多端的有计划的阴谋家,认为他们也能够进行社会科学家假定的审慎计算……",这可能很"荒唐"。这也是没有必要的。持械抢劫的人似乎已经足够诡计多端了,他们明白自己不大可能被抓住或者判处刑罚,这就是为什么他们四处袭击受害人的原因,也正因如此,当他们有理由相信自己会被抓住然后判处严厉的刑罚的话,他们就不会

〔12〕 当然还有其他一些因素有利于或者不利于人们去犯罪。但是在早期的家庭环境下,社会的影响力大约很小。目前尚未证实社会 就业,住宅区,学校教育,或者收入补充额等对于降低犯罪率是否有效。

到处抢劫了。

无论持械抢劫者确实经过审慎计算与否(我所知道的有一些持械抢劫者似乎相当理性),法律仍然成功地威慑了大多数年轻人,防止他们成为抢劫犯。正如有些纽约人会说,由于现在的法律在实践上很仁慈,也很少实际执行,法律变得不是非常有效力了。但是显然补救措施不是去假设持械抢劫者在任何情况下都不知道自己在做什么。补救措施是得去教育他们——最重要的是要教育那些潜在的持械抢劫者——让他们知道持械抢劫不划算,因为刑罚太严厉而且犯罪人大有可能都会被绳之以法。而现在,理性的持械抢劫者都知道持械抢劫很划算了。

康拉德教授有一点确实说对了:假如他和我打算去抢劫的话,在经过对风险的计算以后,我们俩大约都不会去做了。但是正如他所认为的,这并不是因为我们比实际上实施了犯罪的抢劫犯计算得更多,或更精明。而是因为我们要冒的风险比他们更大:我们会失去更多东西——社会地位以及收入——而相对来说得到的更少。收入和社会地位都很低的抢劫犯可能也和我们计算得一样细致周到,但是最后得出的结果却完全不同,而他们的选择也和我们一样正确。因为风险回报率是不同的。对于他们来说,风险较小(他们会失去的收入很低,他们也没有什么社会地位),而回报很大(你的收入越低,能够多得到的那一些就会越发显著)。犯罪人并不是比中产阶级更不需要计算,或者计算得不如后者准确。只是他们不是中产阶级,所以,假如他们与康拉德教授一样理性的话,他们的结局也会和康拉德教授截然不同。

102

康拉德教授一而再再而三地重申,他所知道的已决犯都是没有被威慑也不可能被威慑的人。但是那本来就是显而易见的。如果他们会被威慑,他们就不会成为已决犯了。威慑力是想要预防非犯罪人成为犯罪人的。对于犯罪人来说,威慑并未起作用。威慑力也无法对所有的非犯罪人起作用。但是,只要法律足够严厉,刑罚的可靠程度足够高,那么威慑力已经,正在,也将制止大多数人成为犯罪人。

最后,康拉德教授指出,每年死于机动车的55 000名受害人中有将近半数是醉酒驾车的司机造成的。他强烈建议给醉酒驾车的司机施以

更严厉的刑罚。我对此也非常同意。不过，这一点也体现了报应主义者和威慑理论之间的众多分歧之一。自称是报应主义者的康拉德教授原本应当提倡对醉酒驾车的司机适用轻缓的刑罚，因为醉酒司机不同于杀人犯，他们不存在杀人的故意。虽然受害人也一样亡故了，造成的危害也一样重大，但是司机们只是疏忽大意或者没有预见到后果——他们不具有犯意（*mens rea*），没有杀人的故意，因此与杀人犯不同，他们因为不存在过错而不应受刑罚处罚。其中许多人都是遵纪守法的公民，他们只不过喝了过多的酒——然后非常不幸地辗了某个人。然而，从威慑论的观点来看，虽然造成了实际危害的醉酒司机并不是故意，但是为了威慑醉酒驾车的司机就需要对其适用严厉的刑罚。预防危害的造成，比犯罪人的可归责性更为重要。在此，我非常欣然地发现，康拉德教授在这一点上是与我一同站在威慑论这一边的。

约翰·P·康拉德：

我必须对经过范·登·哈格教授重述我的基本论点的版本进行一些公平的反驳。在他的论证严密的反驳的结尾，他说到："康拉德教授举例证明了，我们不需要死刑是因为一般说来刑罚不能威慑犯罪人……"但是我的论点比他所说的要复杂得多。在本章的开头，我尽可能明确地承认了刑罚确实能够通过威吓一些犯罪人并劝诫潜在的犯罪人来达到预防某些犯罪的目的。我并没有简单地认为刑法无法威慑任何人，或者可预见被处以刑罚的结果——死刑或者别的刑罚——不能让许多人放弃其正在进行的犯罪计划，或者甚至影响到其使用暴力的冲动。

103

刑罚当然能够威慑某些潜在的犯罪人，但是我们一定不能依赖刑罚的日益严厉带来犯罪发生数目的相应下降。如果我们不能采取更多的措施来减少导致犯罪的经济原因和社会原因，我们就必须提高警察破获犯罪的破案率。在目前犯罪破案率如此之低的情况下，就想以大幅度增加严刑峻法的适用来切实影响所有类型的犯罪的发生率，是毫无意义的。

我所持的威慑论对于我们所讨论的问题来说，就像刑法对于毕生都

没有从事犯罪的人一样，只是无关紧要的事情，同样也像刑法的威慑对于那些犯罪生涯(criminal careers)已经牢不可破的人一样，作用不大。我也承认，在这两种截然不同的行为的两端之间，我们可以察觉到尚未确定具体范围的人群，组成这个群体的是一些其行为路径动摇不定，无庸置疑地会受其对于犯罪后他们被逮捕之后的刑罚的恐惧所影响的人。我曾经看到过一些试图衡量这个群体的范围究竟有多大的研究，对于这些研究，我都没有什么特别的印象，尤其是当这项研究是由一群社会科学专业的本科生来进行的时候。

这些会受到刑罚威慑的人对于各类犯罪的各个条款的态度和倾向肯定千差万别，而且可威慑的人的范围究竟有多大，对此我都知之甚少，所以我主张根本没有证据能够证明死刑是使刑罚更具威慑效用所必需的。比死刑更加重要的是，犯罪人必须被逮捕、被控告，以及被起诉，刑罚对于实施了的犯罪来说必须是可以预见的。每个人，包括犯罪人在内，都知道，在这个国家即使死刑比以往任何时候更严厉地适用于犯罪人，所有犯下的重罪中也只有很小一部分会受到死刑的制裁。

因此，如果我的观点必须用一句话来概括的话，那么就是如下表示：刑罚的适用确实威慑了一些潜在的犯罪人，让他们不去犯某些罪行，但是我们没有理由相信死刑确实会让法律更具威慑效应。

当然了，在我观点中，必须废除死刑并不是我所说的全部，我在这里所做的全部，是要竭尽所能地阐明我的以恰当的整体观点来看待威慑的立场。在接下来的几个部分中，我想要清理一下由于我的机灵的辩论对手将我的威慑立场过分简单化而造成的一些误解。

104

刑法的障碍

范·登·哈格教授提出了一个经济学问题，即：**为什么刑法不应当指望让犯罪付出更高的成本(刑罚就是犯罪人要付出的代价)来作为犯罪的障碍?**

从字面上看，这个问题让人想到的回答就是，既然犯罪率持续上升，

我们就应当相应增加刑罚的严厉程度。这个答案使美国刑事司法实践所面临的进退维谷的难堪状态明确无误凸显了出来。对这个答案的回应非常简单：我们无法将它付诸实施。警察无法逮捕更多的入室盗窃者以及偷车贼，我的辩论对手也确实对此表示了谴责，但是这并不能归责于警察的无能或者不尽忠职守。在大城市里犯罪实在太多了，远远多于警察机关的任何一个部门倾其全部力量所能破获的案件数量。即便纽约市的警察能够逮捕全部的入室盗窃者、偷车贼，以及持枪抢劫犯，也没有那么多的法院来审判他们，没有足够多的监狱来关押他们。对偶然杀人犯——或者甚至对于全部的一级谋杀犯——恢复死刑，又怎么能够解决这种体制性的拥挤现象？某些缺乏思考的市民可能会相信蛊惑人心的政治家（soapbox politicians）的谎言：法律对这些恶棍的制裁最终会越来越严厉。但是恶棍们却头脑清楚得多。针对他们的状况将来不会变得更糟。

老鼠，学生，以及行为矫正

B·F·斯金纳（B. F. Skinner）把对动物行为的推断延伸到人类身上，我对此并不能全盘接受，[13]但是我的辩论对手所引用的实验室老鼠对于习得实验的条件反射，倒是引发了一个值得探讨的问题。老鼠确实不会计算。实验者所希望的行为是通过食物来实施正面强化的，他们不希望的行为则是用电击来实施负面强化。斯金纳还承认，不受欢迎的行为也可以用无任何强化措施的方式来消除；无论是老鼠还是人类都不会坚持不懈地从事那些没有任何收益的活动。我同意斯金纳的信念，即一般说来人类会对他们所收到的强化刺激加以响应，只是我们的强化过程要比老鼠复杂得多。斯金纳一直认为负面强化物对于行为矫正来说没有什么效果。当老鼠从环境中除了负面强化物以外别无所得，它的适当回应是在一个电击打不到的地方蜷起身子一动不动。105

〔13〕 B. F. Skinner, *Science and Human Behavior*, New York: The Free Press, 1965.

人类比老鼠更复杂。当环境对于社会认可的行为没有给予任何正面的强化,我们就可以预料到当强化存在于社会不赞成的行为中时,那么那种行为就会出现。这种假设解释了我们在社会底层中所看到的大量诈骗、卖淫、买卖毒品,以及公然犯罪的产生原因。范·登·哈格说得很对;没有完全理性的行为,因为行为在很大程度上要受到环境的制约,在一定程度上并非理性的选择,这对于他或者对于我来说都是如此。

为了支持自己的威慑观点,范·登·哈格博士引用了蒂特尔(Tittle)和罗(Rowe)叙述的一项实验,这项实验是他们在社会科学专业的一个本科生班观察到的。这项实验在进行过程中采取了多种策略,所以无庸置疑的是,学生们对所发生之事毫不知情。许多人作了弊,但是一旦给以制裁的威吓,其中有些人就停止了作弊行为。我的辩论对手从这个事件的结果中得出了三项阶段性的结论,在他看来,这些结论也可以适用于比在学校小测验中作弊要严重得多的违法行为。但是这个论文的作者自己提出的警告如下:

> ……只依凭这些实验结果就得出彻底的一般性结论,这是错误的。我们测试的只是一种特定制裁的效用——这种制裁是由一个权威角色来施加的。这个实验使用了特定类型的研究对象(刚成年不久的年轻人),考察的是他们对于一项略微具有道德的或规范意义的非法律规则的服从情况。另外,观察下的行为是(致力于长期目标的)一种手段行为,很有可能是暂时性的;也就是说,这一行为不涉及能够形成个性的个人对某类行为的那些深层行为守则……[14]

范·登·哈格博士的三个阶段性结论却是一般性的,与蒂特尔(Tittle)和罗(Rowe)的警告的背道而驰。毕竟正如我的辩论对手本人一定也已经发现的那样,作弊在大多数美国高校里非常普遍。这项实验中体现出的未详细说明的处罚的效力,是在一种规范的环境中实施的,从这

〔14〕 Charles R. Tittle and Alan R. Rowe, "Moral Appeal, Sanction, Threat, and Deviance: An Experimental Test," Social Problems 20 (1973), p. 496.

个结论直接跳跃到声称电椅具有更大的威慑效力，我的辩论对手具有如此高超的智力诡计方面的本领，很少有社会科学家能与之匹敌。

我的对手在运用这种不甚贴切的例证的时候所遭遇的难题，恰好揭示了一个特别难以解释的问题，而这个问题恰是威慑论研究必须要弄清楚的。在伦理学上可以成立的实验只是微不足道的，从中不可能是准确的得出有关非常严重的犯罪问题的一般化概括结论。另一方面，不同时间段的统计数据比较研究，或者司法区之间的统计数据的比较研究，总是面临着某些质疑。我将在另一单独的章节来讨论这个问题，在该章中将讨论用证据来证明死刑价值的观点。同时，用课堂作弊或者老鼠和鸽子的行为的实验来引申出关于死刑有效性的推论，对此我无法接受。死刑保留论者依靠经验主义来证明其观点，而他们所说的经验是站不脚的。 106

犯罪有利可图吗？

我们必须将注意力集中在能够被死刑威慑的那些犯罪上面。最有利可图的犯罪，是那些银行家和公司管理人员犯下的罪行，不会也不应当对它们适用死刑。下层人民会犯的街头犯罪——抢劫、入室盗窃、汽车偷盗，以及各种其他种类的盗窃——也可带来不同程度的利润。我对这些不同形式的冒险的经济回报并没有做过任何正式的比较研究，但是观察和常识可以让我得出这样的结论：抢劫是最无利可图的犯罪。它是唯一的需要以暴力相威胁或者使用暴力的财产犯罪，其结果是它也是唯一的极有可能惹上死刑的犯罪——当然，只有在抢劫中意图谋杀并且也杀了人的情形下才会与死刑扯上关系。（我知道有些入室盗窃者以及小部分偷车贼在犯罪过程中杀了人，但是这不常见，而且暴力相威胁对这几种犯罪来说也并非必要）。犯罪有利可图吗？犯罪当然有利可图，但是那些收益最大的犯罪是最不可能被死刑的威慑作用所预防的。持枪抢劫是持枪抢劫者的游戏，既是因为玩这种游戏非常刺激，也是由于缺乏充分的技能和机会去实施更安全的和更加有利可图的犯罪技艺。

这就是具有计量经济学思维方式的刑事法学家,在他们对犯罪的障碍以及障碍在犯罪市场中的作用机制等这些问题作出论述之前,必须要解决的一种混淆。有些犯罪得利非常丰厚,显然,实施这些犯罪相对而言几乎不会受到什么惩罚,但是也恰是这些犯罪容易被人盯上。一个有着可靠的销赃途径的入室盗窃犯,如果已经准备好犯罪的工具和技能的话,他本人可能在这一行做得很好。一名持枪抢劫犯或者酒店劫犯在频频得手的消息传开之前可能会有好几次逃脱处罚。但是偶尔的大案会让他在警察面前更加显眼;悖论就是:犯罪越有利可图,他就越有可能不得不为此付出代价。

107 为什么死刑和犯罪的经济回报有关系?很显然我的辩论对手会希望我们相信,只要政府能够更经常地适用那种刑罚,犯罪的经济回报就以某种方式被有效地抵消了。而在我看来,在可以想见的刑事司法体制的现实情形下,这一观点都是极度令人怀疑的,这种观点让人不得不脱离所有犯罪的真实情况。

免费搭乘飞机的推理

我非常同意我的辩论对手的看法,假如没有迷人的空中小姐等在飞机入口处等着检查机票,那么肯定会有一大堆不道德的人趁着空姐不在岗位上而一毛不拔免费搭乘飞机,事实上我们不会那么肆无忌惮,但是我也承认,会有一些位于不道德边缘上的人,当这样的机会向他们敞开大门时,他们会不间断地免费搭乘飞机。但是也有一些位于诚实边缘上的人,在他们明知自己绝对不可能被抓获的时候,他们也会盗窃和犯罪。事实上,这样的人会实施的犯罪中也包括谋杀罪。人数众多且增长极快的下层阶级的人口在持续上升,社会对他们来说不会给予任何经济上的恩惠,其结果就是悲剧性的体制超负荷,这种情况已经完全压垮了一整套的刑事司法机器。在我们有能力重塑我们的经济制度,为所有的公民都安置好一个建设性的位置之前,死刑的适用,无论有多么频繁,都只能是一个血腥却没有实际效果的姿态。

遵纪守法不是与生俱来的

关于这一点，我比我的对手还要更悲观一些。遵守法律的意愿毫无疑问是教育的结果，而非天赋。假如我们俩人都出生在美国下层社会这样糟糕环境里，我们也很有可能会发现犯罪的种子已在我们身上滋长；我们也有可能成为犯罪人，还有可能是罪行累累的犯罪人。在这场对话中，我一直坚持正面刺激的强大影响，这种影响不仅体现在型塑个人形象过程中，而且体现在对实际人生道路的作用上，它使得犯罪在其中如果不能全部排除的话，也会成为最低限度的意外事件。刑法的作用对这些人来说是不相关的——除非我们要考察的是诸如偷逃所得税、不计后果的驾驶之类的犯罪，而这两种犯罪都不曾适用死刑。我同意范·登·哈格博士所说的"就是现在，尽管刑罚的施行如此之少，……使得人们对于刑罚的恐惧之心大大降低，但是大多数人也没有变成犯罪人"。但是大多数人在总体上能够避免犯罪，不是因为法律要求他们这样做，而是在于"大多数人"所指称的那些人的具体范围。从来没有多少男孩和女孩在承欢母亲膝下的时候就学习了刑法典的条文。 108

对醉酒司机的威慑

我希望范·登·哈格教授或者其他任何人，都不会认为我在提倡对醉酒驾驶造成事故致人死亡的司机适用死刑。我只是通过假设在这样的情况下对其适用死刑来提出我的问题，因为我想更好地理解范·登·哈格教授所坚持认为的死刑的威慑力在挽救无辜者生命方面的效用。

让我们在此暂时将犯意（*mens rea*）搁置一边，也暂时忘记在镇上销魂一夜之后没有被人说服仍然驾车回家的醉酒司机的不幸。根据我的善于创造的辩论对手提出的假设性问题的精神，我想弄清楚他为什么不打算对这类杀人案件适用极刑。试想一下我向他展示的假设：如果每个醉酒司机都被处以死刑的话，由于死刑对其他潜在的醉酒司机的威慑作

用,那么在以后将会有500名受害人的生命被挽救。他承认"预防危害的发生比犯罪人的罪有应得要重要得多"。他也承认,需要用"严厉的刑罚"来威慑醉酒司机。有多严厉?在郡县监狱里待上一年够吗?还是要监禁5年、10年、15年才够?那为什么不是死刑呢——特别是,当我们都觉得如果对他们适用死刑的话,对潜在的醉酒司机可能会有更大的威慑力,而且这种情况下死刑的威慑力比起对那些在腰带上配一把廉价手枪的街头犯罪人的威慑力要大得多的时候?

我提出这些疑问,是因为我希望更多得了解像范·登·哈格教授那样的功利主义者,他们希望怎样以刑罚来预防重罪、为什么会希望以刑罚来预防重罪的?作为一名报应主义者——或者是"自封的"报应主义者,无论这个修饰语意味着什么——我认为应当非常严肃地来看待这类犯罪。应当对其适用严厉的刑罚,不是因为威慑效用的需要,而是因为这类犯罪是一种极其恐怖的谋杀形式,而不仅仅只是某个过量饮酒的男人或女人的不幸而已。或许醉酒驾车的人"没有造成危害的故意",但是我认为他们根本是什么都不想。我们对他们适用目前规定的轻微刑罚,是在将这种犯罪的严重性最小化,纵容那些威胁所有善良公民生命安全的人的不负责任的行为。假如范·登·哈格博士觉得,对于那些不负责任的年轻人来说,他们在拿着手枪实施抢劫时由于高度紧张而杀了人,对他们适用死刑是适当的,那么对那些驾驶一辆汽车在高速公路上横冲直撞的年轻人适用死刑为什么就不合适了呢?平心而论,肇事的年轻司机应当同年轻的持枪抢劫犯一样,明白自己的行为有多么的不正当。我们可能会认为对这两种年轻人适用同一种严厉的刑罚是适当的。109 而范·登·哈格博士虽然是一位坚定的重刑倡导者,但是他却在其重刑清单中将醉酒驾车的司机免予极刑,而要求对持枪的街头混混处以死刑。即便我指出,在这样的案件中死刑产生的威慑效力,比对持枪抢劫犯和职业杀手适用死刑而产生的威慑效力要更大一些,他还是采取了他的立场。对于他采取这种立场的理由,我仍然没有弄清楚。

欧内斯特·范·登·哈格:

这里有许多可以提出质疑的地方,我将逐一(*seriatim*)进行评论。康拉德教授写道:"我们一定不能依赖(刑罚的)日益严厉带来犯罪发生数目的相应下降。"谁依赖刑罚的日益严厉了?我们甚至不知道刑罚的严厉程度要提高多少才会降低犯罪率;也没有人期望着一个"相应的(corresponding)"下降。如果我可以算一个的话,我的确希望犯罪率有所下降——就像我也希望罚款数量上升了以后违规停车的数量会有所下降一样,但是也不是"相应的"下降。

我不明白康拉德所说的"犯罪的经济和社会原因"指的是什么。其他任何人也都不明白。在美国,随着社会繁荣和人们受教育程度的提高,犯罪活动增加了,尽管所有那些所谓知道犯罪"原因"的人都希望它减少。相反,在日本,随着社会繁荣和人们受教育程度的提高,犯罪活动减少了。在美国这样一个平等程度相当高的社会里,犯罪活动比西班牙、希腊、葡萄牙、法国,或者英国等所有其他社会平等程度要低的社会都要多得多。

康拉德教授希望提高"警察对犯罪人的抓获"率。谁不这样希望?但是为什么在他看来,这项措施能够取代我们还未论述的更严厉的刑罚,而不是作为更严厉的刑罚的补充?康拉德教授也没有提到,如果法庭在罪证确凿的情况下对犯罪人定罪也非常困难的话,抓获或逮捕起到的帮助也是很小的。如今,如果在没有充分的"确凿理由"(这在有些法官看来几乎是要求亲眼看见犯罪活动)的情况下逮捕,或者是搜查证的记载过于简单,或者发现犯罪人的供认是在他不知道他可以请律师在场的情况下作出——律师会告诉他不要认罪除非能够以供认罪行来换得轻刑——的时候,即使证据经过鉴定,法庭也会不予采信。如果辩护人质疑犯罪人的精神状况,联邦法院会要求检察官以超越合理怀疑的证明标准证明被告人心智健全——这几乎永远是不可能的任务。(幸运的是,陪审团总是比法官有更多的常识) 110

至于州法院,以下的内容可能会让大家稍微弄清楚一点他们都做了

些什么:[15]

巴克(Barker)在缉捕中发现史蒂夫·格罗根(Steve Grogan)犯有盗窃大宗汽车的罪行并指控了他,格罗根承认自己犯有这些罪行。范·纽易斯(Van Nuys)的斯特里·费根(Sterry Fagan)法官听审了该案。他了解了格罗根冗长的认罪状。检察官也告知法官,格罗根具有极大的危险性;他不仅在拉比安萨(LaBianca)一家被谋杀的那个晚上到过现场,而且他们还有证据证明格罗根将肖特里·谢伊(Shorty Shea)斩首。然而让人难以置信的是,费根法官对格罗根直接适用了缓刑。

我在听说格罗根回到其在斯潘伦奇(Spahn Ranch)的家中之后,联系了他的缓刑官,请他撤销格罗根的缓刑。撤销他缓刑的理由不胜枚举。他并未遵守维持缓刑的以下条件:他必须一直住在父母的家中;必须找到工作并且一直保持受雇状态;不得使用或者持有任何毒品;不得和任何有案可查的毒品瘾君子打交道。而且,还有人几次看见他带着刀和枪,甚至还拍了他持刀持枪的照片。

他的缓刑官却拒绝撤销他的缓刑。他后来承认自己是因为害怕格罗根。[许多缓刑官和假释官都对自己所监管的人抱有恐惧,大多数人都不愿意被监管者"兴风作浪"(make waves)。因此具有极度的人身危险性的人的几乎很少被撤销缓刑或者撤销假释]……

18岁的格罗根的认罪状写了如下内容:3-23-66,持有危险毒品,6,许可缓刑;4-27-66,入店行窃,不允许缓刑;6-23-66,扰乱治安,不允许缓刑;9-27-66,撤销缓刑;6-5-67,持有大麻,与律师商议可免责;8-12-67,入店行窃,罚没保释金;1-22-68,在大街上闲逛,在接受调查后停止;4-5-69,盗窃大量金钱并四处游荡,因证据不足被释放;5-20-69,大宗汽车盗窃,因证据不足被释

[15] Excerpted from Vincent Bugliosi, *Helter Skelter*, New York: Bantam, 1975, pp. 180-181; 419-420. Bugliosi prosecuted the Manson gang.

放;6－11－69，猥亵儿童，衣着不当暴露……[16]

格罗根还被人发现在几个四到五岁的儿童面前暴露身体。他对当场抓住他的拘捕官说："小孩想要我这样做"。他后来告诉法庭指定的精神病医师的则是："我犯了法，小鸡鸡从裤子里逃了出来，爸爸我就很兴奋。"精神病医师在会见完格罗根之后，确诊不应当将他送往加马里奥(Camarillo)州立医院，因为"该未成年人过于好斗，所以无法安置在一个还不具备牵制他的设施的地方"。

法庭作出了相反的裁决，把他送往加马里奥，让他待上90天的观察期。他全部加起来在那里待满了两天，然后就逃走了。

111

他逃走的那天是1969年7月19日。他回到斯潘伦奇的时间，恰是海因曼(Hinman)、塔特(Tate)和拉比安萨(LaBianca)被杀案件发生的时间。他在8月16日的斯潘伦奇缉捕中被逮捕，但是两天之后就被释放了，那天肖特里·谢伊被砍了头。

康拉德教授认为，威慑理论存在问题。我却认为，允许上述行为发生的法官和法律存在着问题。康拉德认为警察没有逮捕足够多的犯罪人。事实如此。但是我认为法官却释放了太多的犯罪人，而科与的刑罚太少。读者也必然会有自己的判断。由于法庭对警察调查所设置的诸多限制，逮捕也变得非常困难。我则认为，反对一些这类的无意义的限制，将会比哀叹逮捕率过低就好像这是上帝的安排一样，要有用得多。

康拉德教授写道："在目前犯罪破案率如此之低的情况下，就想以大幅度增加严刑峻法的适用来切实影响所有类型的犯罪的发生率，是毫无意义的。"这是一个不合逻辑的推论(*non sequitur*)。没有理由让我们相信"大幅度增加严刑峻法的适用会切实影响……犯罪"，我们相信的只有①一定的犯罪破案率已经达到；②我们还没有达到足够的犯罪破案率。实际上，③只要破案率不是零，无论破案率多少，严刑峻法都会影响犯罪率。只是破案率更高的话会让人更满意。破案率不能取代严刑峻法，但是破案率可以提高整个刑事司法程序的效率。康拉德教授的陈述

〔16〕 这份"认罪状"还不包括他在"青少年时期"犯下的罪行。

仍然是一个错误的不合逻辑的推论。

"我的威慑理论……",康拉德写道,"考虑到了①刑法对于毕生都没有从事犯罪的人一样,只是无关紧要的事情,同样也考虑到了②刑法的威慑对于那些犯罪生涯已经牢不可破的人一样,作用不大。"无关紧要?那是否过于言过其实?对这句话有两种理解:它要么是在下一个定义,要么是一种事实的陈述。无论是哪一种理解,我都看不到其准确的意思。

先把它当成一个定义来看。假如前一群体的一员,①实际犯下的一种罪行,那么或许就不存在"毕生"都没有从事犯罪了。他被重新定义了。如果后一群体的一员,②实际上受到了刑罚的威慑,那么因此他的犯罪生涯或许就没有那么"牢不可破"了。他也被重新定义了。很显然,这样一个定义是毫无用处的。

112 但是如果康拉德教授想要做的是一种事实的陈述,他还没有告诉我们:他对人的两分法是基于事实作出的。他确实"承认"存在着处于中间状态的人,"如果他们犯了罪且被逮捕",他们"会受到可能发生的刑罚的恐惧的影响"。那么,我认为95%的人都处于中间状态——其中有些人接近前一群体,有些人接近后一群体。我们大多数人都有可能犯罪,在多种情况都有可能被迫犯罪;同样,幸运的是,我们大多数人也都会受到法律的威慑,因此我们大多数人都没有实施犯罪。康拉德所告诉我们的就是,有些人不需要法律,有些人从来不考虑法律规定。但是重要的是,大多数人都需要法律也考虑到了法律规定。

康拉德教授通篇都在强调,许多人都没有实施犯罪行为,所以刑法的威吓对于让他们始终走正道"无关紧要":"从来没有多少男孩和女孩在承欢母亲膝下的时候就学习了刑法典的条文。"康拉德如是说。事实上也是如此。康拉德所写的似乎是说人们生来就是遵纪守法的。他们没有受教育和养成守法的习惯吗?社会规则对于规制他们的行为就没有起任何作用吗?难道这些不正是证实、支持、认可,或者涉及到了刑法以及刑罚的效用吗?我认为关于这一点,詹姆斯·菲茨詹姆斯·斯蒂芬爵士已经说得非常透彻了,我在之前引用过他的话,很显然没有起到任

何作用："有些人不去杀人，很有可能是因为他们害怕假如他们犯了杀人罪，他们就会被绞死（也就是说，他们害怕付出的代价）。成千上万的人不去杀人，是因为他们认为杀人是一件非常恐怖的事情（也就是说，他们具有理性的或者情感的内在约束），而他们把杀人看作是一件非常恐怖的事情的一个很大原因，则是因为杀人犯都被绞死了（也就是说，威吓塑造了习惯，习惯成为了自我形象的一部分）。"[17] 因此刑法变得与那些毕生没有从事犯罪的人无关紧要，仅仅是因为刑法在形成其行为习惯的时候至关重要。

康拉德教授继续告诉我们，我们负担不起抓捕更多的犯罪人，对其定罪并处以刑罚的重担：其成本太高了。事实上，成本比他想象的还要高得多。我们的刑事司法体制，包括行为矫正体制，是一项成本高昂的丑闻。其实成本可以大大缩减而没有道德上的损失，其缩减方式，我猜想康拉德教授和我大体上都会同意。然而即便犯罪控制始终花费如此高昂，相对于什么都不做放任自流而言，抓捕犯罪人并处以刑罚仍然是成本较低的方式。犯罪的成本比犯罪控制的成本要高得多。而问题在于，犯罪控制的成本来自于纳税人，而犯罪的成本则由受害人承担，而这往往被诸如康拉德教授这样的人轻视或者弃之不顾。然而，让一名犯罪人坐在法庭的围栏后面能够为社会挽回的价值，都远远大于抓捕犯罪人将之送上法庭过程中所花费的成本。至于康拉德所说的"恶棍们头脑清楚得多"，那是因为，他们觉得，即便规定有死刑，法律还是不会对他们"严厉处置"。我承认适用死刑的情况仍然不够多。但是这是一个开端。如果我们严格坚持死刑，那么就算恶棍也会得到这样的信息。不过由于他们先得到了康拉德教授所赞成的处罚方式的信息，这可能会过一段时间才发生作用。但是用不了永远。 113

康拉德教授回应了我所提及的在全世界的习得实验中用到的老鼠的问题，对此心理学家 B·F·斯金纳写过一篇专题论文。我在论述中并没有提到此人，是因为没有必要提他。这段引文给了康拉德教授一个

〔17〕 J. F. Stephen, *A History of the Criminal Law in England*, London: Macmillan, 1883.

展开论述的机会："斯金纳一直认为负面强化物对于行为矫正来说没有什么效果。" 斯金纳确实是这样说的。但是在(1)一个实验的基础上，这个实验经常被不了解情况的幼稚的理想主义者引用。不过，这些喜欢引用斯金纳的实验的人忽视了许多其他的实验，揭示了负面强化物(刑罚)起到的良好效果，往往比正面强化物(报酬)还要更有效——无论对老鼠还是对人都是如此。相关实验的综述可见于巴里·F·辛格(Barry F. Singer)的《惩罚心理研究》(*Psychological Studies of Punishment*)。[18]那里实实在在记载的几百个实验都显示出，斯金纳的实验没有错，但是斯金纳本人和其他人从实验中得出的一般性的但是没有根据的结论是错误的。单独一个实验被经常引用所反映的是意识形态，而非事实。

康拉德还说如果有利于社会的行为没有强化刺激，而反社会的行为则有，那么后者就会大行其道。我质疑这种最初由埃德温·H·萨瑟兰(Edwin H. Sutherland)提出的理论，不认为这种理论有多大的理论意义。它的确不太有用。但是假如有人承认它是一种有意义且正确的理论，它仍然无法解决以下问题：为什么在那个群体中有反社会行为的强化刺激，而没有合乎社会的行为的强化刺激？又为什么在相似环境下的其他群体却产生了忠实于社会的行为的强化刺激？又为什么在每个群体中都是一些人成了犯罪人而其他人没有？最重要的是，如果犯罪行为都受到了严厉的处罚，足以对犯罪人造成不利后果，那么还会存在对犯罪行为的正面强化吗？我想不会吧。群体强化有赖于激励和障碍来形成。这是一个附属的而非独立的变量。简言之，该理论揭示了对于犯罪需要设置障碍，而不像康拉德似乎认为的那样，障碍并没有什么用处。充分的障碍将超过和改变对犯罪的"正面强化"。 114

这让我想起康拉德的断言，"人数众多且增长极快的下层阶级的人口在持续上升，社会对他们来说不会给予任何经济上的恩惠，其结果就是悲剧性的体制超负荷……在我们有能力重塑我们的经济制度，为所有的公民都安置好一个建设性的位置之前，(那将继续存在)。"总之一句

[18] *California Law Review* 58 (1970), pp. 405 - 443.

话，这是所有社会的顽疾，而不是犯罪人的错。这句话有三重含义：①下层阶级的人口的人数众多，人口增长极快且持续上升；②由于社会无法给他们提供经济效益；③这诱发，或导致了高犯罪率，“悲剧性的体制超负荷”；④只有当我们“我们有能力重塑我们的经济制度，为所有的公民都安置好一个建设性的位置”，这种超负荷状况才能矫正。

这种不足为训的理论最早由理查德·A·克洛沃德（Richard A. Cloward）和劳埃德·E·奥林（Lloyd E. Ohlin）在其《青少年犯罪和机会理论》（*Delinquency and Opportunity*）一书中提出。[19] 约翰逊总统（President Johnson）的大社会（Great Society）采纳了克洛沃德的理论，试图为失业青年提供一个“建设性的位置”。但是犯罪率并没有下降。反而上升了。让犯罪如此有吸引力的因素，不是因为人们穷困，或者无事可做，而是因为人们认为犯罪的回报比所有能找到的工作报酬都要高。我可以预料不用重塑我们经济制度来矫正这种状况，而只要让犯罪的回报不要那么可观就好了。[20]

关于事实方面：如果我们采用劳动部统计数据划定的贫困线（在1982 年 7 月，一个 4 口之家年收入低于9 287美元就被认为是贫困），然后根据通货膨胀（也就是说，如果我们只考虑实际的购买力）和计划性退步的影响做适当修正，我们发现美国所有生活在贫困线以下的家庭在各个时期的比例如下文表一所列。换句话说，贫困状态得到了史无前例的缩减。假如有人将食品印花税补贴、医疗补助，以及数不清的“种类繁多”的项目全部货币化，那么生活在贫困线以下的家庭的数量已经接近于零。如果犯罪率自 1900 年以来已经一定程度地减少了的话，那么这肯定是个被人严格保守的秘密。实际上，犯罪率上升了。随着近 30 年以来贫困缩减到几近消灭，而犯罪率却最大程度地上升了。

---

〔19〕 New York：The Free Press，1960.

〔20〕 关于这个问题，一种颇有意思的讨论可见于 Daniel P. Moynihan，*Maximum Feasible Misunderstanding*，New York：The Free Press，1969.

115

表 1:1900 – 1982 年间美国所有生活在贫困线以下的家庭的比例 *

年份	生活在贫困线以下的百分比
1900	90
1920	50
1930	33
1962	20
1966	15 – 16
1970	11
1982	由于经济衰退,很可能是在 11 – 14 之间

* 资料来源:美国劳动局统计数据

恰恰与克洛沃德和康拉德所说的相反,并不是因为人们找不到工作导致了他们选择犯罪。有些人无法被雇佣。也有一些人无法被雇佣却是因为自己选择了犯罪而不是合法的活动,因为犯罪似乎回报更高一些。我们的社会政策有可能助长了这样一种风气;双亲福利,或者更有可能是因为母亲方面,她们养大孩子,却没有给孩子作出通过工作来赚钱、以及在福利之外获得合法收入的榜样。许多人享受福利,不是因为没有工作可做,而好似因为他们宁可做一名享受福利的母亲,而不是有工作的雇员(即便在失业率很低的时期,社会福利的名单也总是只增不减)。

我所主张的不是重塑我们的社会——我所知道的所有"重塑之后"的社会都比我们现在的社会更糟糕——而是重塑我们的福利、教育,以及刑事政策。目前,我们的政策使得犯罪(以及福利)很划算。然后我们又开始哀叹犯罪如此之多。或者我们来认真对待康拉德教授的过分简单的理论:这确实是社会的顽疾,不能归责于犯罪人,提供更多的就业机会会解决问题。当我们实际上达到了无失业人口的时候,我们的犯罪率并没有下降。而在 20 世纪 30 年代经济大萧条时期,犯罪率却比现在的要低。古老的自由主义思想从未消逝。而且似乎永远都不会褪色。

现在来说说关于学生的实验。康拉德反对我的结论,觉得我的结论过于概括,因为对学生来说"毕竟,作弊非常普遍";因此,我所论证的观

点，可靠的处罚会大大减少作弊行为，并不能证明刑罚具有威慑力。为什么不能呢？随后康拉德教授写了关于正面的环境对反社会行为的强化，与此同时刑罚被声称是毫无用处的。因此，如果作弊“很普遍”，我可以认为康拉德教授将预见到刑罚的威吓不会起作用。但是它确实起作用了。康拉德的理论行不通了。于是康拉德指责我的结论过于“一般化”。但是我的结论却是正确的。根据他自己的理论，他的观点却错了。他似乎把“一般化”（sweeping）一词当成了“正确”（correct）的同义词来用了。 116

当然了，让一名学生放弃作弊当然比让一名窃贼放弃行窃要容易一些。但是我所想论证的是，刑罚威慑了大多数人。绝对诚实的学生不需要处罚，作弊了的学生可能没有考虑过处罚。但是两者都是处于意识边缘的，大多数学生需要也考虑到了处罚。大多数人在大多数时候也都如此。

关于醉酒司机的问题：康拉德教授作出如下询问：“假设我能展示……每对一个酒后驾车致人死亡的肇事司机执行死刑，就能够因为对其他潜在的醉酒司机的威慑作用而挽救 500 名无辜的受害人的生命……”，你（欧内斯特·范·登·哈格）会不会赞成对他们适用死刑？我的答案是，我赞成。我始终赞同对一名犯罪人执行死刑来挽救 500 个生命，而不论犯罪人犯的是什么罪。但是在此，我需要有更多的决定性证据来确定死刑对于醉酒司机的威慑效果，这比目前我们可以知道的死刑对于谋杀案件的威慑效果需要更多的证据来证明，因为我对醉酒司机适用死刑仅仅是因为其威慑效果巨大，而对于杀人犯适用死刑是因为我认为杀人犯无论如何都罪有应得。（关于道德上犯罪人应受什么样的惩处，我跟报应主义者抱有同样的感情，但是，我跟康拉德教授不同的地方在于，我不认为这种感情能够构成一种理论。）

然而，我认为对于谋杀有必要适用死刑，而对醉酒司机适用死刑却并没有必要。对于酒后驾车的处 1 年监禁，造成严重后果，对造成了应受处罚的伤害的处 3 年监禁，造成非常严重的伤害，或者致人死亡而应受处罚但是不存在故意的处 5 到 10 年监禁，已经足以减少司机的醉酒

驾驶事件发生率了。

而且,对醉酒司机适用死刑虽然值得采信,但是在政策层面却困难重重。醉酒司机往往有许多政治影响力极大的朋友。事实上,他们自己也往往是影响力广泛的要人。幸运的是,杀人犯朋友很少。这也说明了为什么对杀人犯适用死刑在政策上行得通,而对醉酒司机适用死刑却总是行不通。

杀人犯朋友很少的一个原因是,至少对于那些可能被判处死刑的杀人犯——那些有预谋杀人的,或者在其他犯罪过程中杀人的、谋财害命的、强奸杀人的以及其他的杀人犯——来说,他们跟醉酒司机不同,他们确实都是受人鄙视的人,即便死刑并没有给他人造成威慑,他们在道德上看来也应当被执行死刑。相反,醉酒司机由于疏忽大意而没有预料到后果,但是他们并不一定是坏人。因为他们的行为危害极大,所以他们应当受到威慑。应当对他们施加比目前适用的处罚还要更加极端的刑罚。但是由于醉酒司机并不是故意造成他们所引起的不幸,陪审团不大可能会允许对他们适用康拉德教授与我都想要采用的严厉刑罚。如果117 陪审团并不想适用刑罚的话,陪审团会认定这个犯了罪的人其实无罪。他们并没有权利这样做,但是他们有权力这样做。[21]

约翰·P·康拉德:

这场争论的好处之一是我得到了一个教训,让我明白要达到毫无歧义的清晰是多么困难。我的不屈不挠的辩论对手在本章第二次提出的一系列评论,要求我对我的立场进行进一步的详细说明,我原本单纯地以为我已经说得很清楚了。对于范·登·哈格的回应,我认为我必须要进一步解释的不少于11点。我不希望能够让他满意,但是至少我可以解决一些由他引起的摇摆不定的读者头脑中的疑惑。

---

〔21〕 See Appendix to this chapter.

对于导致犯罪的经济和社会原因的补充

我的好怀疑的辩论对手和大多数保守的社会哲学家一样，表示不明白犯罪的社会和经济原因。我先将微妙的认识论问题搁置一边——认识论往往会把显而易见的东西搞得稀里糊涂——我坚持认为大量的犯罪，包括大多数暴力犯罪，都可以追溯到社会结构性贫穷(structural poverty)，社会结构性贫穷在这个国家的大城市里造成了一个固定不变的下层阶级。

这对我们来说并不是什么新鲜事。大城市始终存在着对于富裕阶层的安全的威胁。威胁来自于无产者，那些生活在社会金字塔的底层的人中间。他们对于自身的困境心怀怨愤，对此，他们从不觉得自己有责任。比起世界上大多数国家，在美国，经济上的贫穷更容易被人认为其原因在于自身的无价值——穷人通常都被人认为不值一提。

对于那些出生在底层的人来说，对于生存和生活的满足，他们并没有太多的选择。诸如诈骗、卖淫，以及各种形式的街头犯罪活动，对于年轻人来说似乎是最有前途的。这样的活动对于出生在较为安定的阶层的人来说，几乎无甚吸引力。后者对于拉皮条、卖淫，以及持枪抢劫等行为的榜样缺乏亲近感，即便他们对这些生活形式并没有特别的道德上的拒斥。对于处于底层的人来说，勤奋工作勤俭节约等传统价值不可能有太多意义。男孩女孩都学着把他们能拿到的东西搞到手，一旦发生诸如街头骚乱或者城市里的权力失灵，这样的机会到来的时候，他们展示他们学到的本领的时候就来了。

历史学家们直到晚近才开始收集资料，来揭示若干世纪以来在大多数的文明社会中城市生活到底有多暴力。我随便举两个例子，本韦努托·切利尼(Benvenuto Cellini)的自传和萨缪尔·佩皮斯(Samuel Pepys)的日记，熟悉这两人的文字的人不须提醒就知道16世纪的佛罗伦萨和17世纪的伦敦的暴力情形。我们的伟大城市的暴力还有许多的先例可鉴。下层阶级人民制造出如此之多的暴力活动，并不是城市里的 118

新事物,也不是我们的时代所特有的。

我所担心的是,我们的下层阶级人民与其他地方的下层阶级人民区别在于,对于物质匮乏的绝望与种族主义意识的同在,他们相信一个人的种族决定了这个人的经济状况。爱尔兰人、意大利人,以及波兰人等少数群体,他们曾一度因为种族歧视而受奴役,如今已经被白人多数群体同化了。但是同化的过程对于黑人和西班牙贫民来说就不是那么容易了。形成了恶性循环,对于如何打破这个循环至今仍然毫无头绪。

提到这些有些老生常谈了,然而还须老生常谈地提到的是,除了下层阶级人民物质匮乏的感觉以外,他们还同我们一起经历了家庭生活常态、在公共体制中信心的普遍失落,以及宗教权威的腐朽等深刻的变化。这些都造成了导致犯罪的强大的经济和社会原因。教条主义的保守派坚持贫穷和匮乏与我们城市生活中的不幸无关或者关系微小,他们是公然违抗了他们自己在纽约就能见到的现实——我本人在洛杉矶或者旧金山也能看到这样的现实。我们必须不仅将注意力固定在失业的(失业统计数据只统计到了那些正在找工作的人和认为自己能找到工作的人)年轻男子和年轻女士身上,而且要关注那些有工作能力却无法被人雇佣的人。这些人是从来没有工作过的人,他们从未受到过他们可以得到报酬的工作的纪律约束。这些人就是最最令人担忧的犯罪人后备群体。假想他们的犯罪行为和他们的经济地位无关,是在最顽固地坚持某种意识形态,这种意识形态故意忽视与自身观念不符的事实。

范·登·哈格博士非常适当地提出询问,为什么尽管大学教育普及且人们都达到了普遍的富足,美国还会遭遇过多的犯罪活动的负担,而其他的教育良好人民富裕的国家——日本、法国、德国——犯罪活动的负担要小得多。对于这些情况,我们之间存在不同的看法,但是如果我必须提出自己的看法的话,我想提出这些国家的人口的同质性、工人阶级的相对安定性、明显较低的失业率(法国和德国直到晚近还是这样),以及枪支的管制。我无法相信死刑的威吓(法国和德国已经不再实际执行)真的与这几个国家的低犯罪率存在着关联性。

119

警察的重要性

我以为，我想说的当犯罪破案率很低的时候刑罚作为威慑让人难以相信的观点，已经说得清楚明白显而易见了。但是范·登·哈格博士并没有明白，我是如何证明假如破案率很低的话，无论对于那些不幸被抓到的恶棍处以多严厉的刑罚，都没有用的。不知何故，这个观点在他看来是一个不合逻辑的推论。所以我必须再次解释。

让我们假设在一个假设中的不幸的城市，街头抢劫案的破案率是糟糕的10%。（尽管我是以假设的方式在说，但是确实有一些城市的破案率也没有高过这个羞耻的数字多少。）范·登·哈格教授的一位信徒说服立法机关对街头犯罪处以严刑，法令出台，将抢劫的刑罚从5年监禁提高到10年——也是一种命令式的条款！对于增加警力资源方面没有任何措施；毕竟增加警官人数会花费这个城市一大笔钱。破案率还是所有经报导的抢劫案件的10%。刑罚严厉程度的提高关系重大，这能让人相信吗？我认为，让人沮丧的城市犯罪统计数据中没有任何信息能够说明情况发生了一丝改善。立法机关继续对街头犯罪实施越发严厉的法定刑，但是如果有任何正面的结果相应发生的话，那么肯定是没有人告诉我这些。

让我们来考察一下街头犯罪的现实情况。一名从事抢劫活动的年轻人最关心的是不会被抓。如果他知道可能的情况是他不会被逮捕——或即便他只是认为他知道警察不可能逮捕持枪抢劫犯——书本上的严刑峻法只是无意义的抽象术语而已。随着警察效率的大幅度提高，这样一种法律毫无疑问会威慑除了不顾后果的持枪抢劫犯之外的大多数人。在这样的效率达到之前，严厉的刑罚的威慑效果只是一个廉价的幻象——轻易写进法令，轻易让立法机关炫耀对犯罪的强硬路线确实足够强硬了，但是它对于街头的意义收效甚微。在这样一部法典中死刑所包含的只是不相干的内容，满足了立法者及其狂热的委托人的愿望，认为法律制定者足够强硬，已经竭尽所能预防暴力活动。

120

关于史蒂夫·格罗根的缓刑

史蒂夫·格罗根在缓刑期间所从事的令人震惊的犯罪,严重打击了斯特里?费根法官的良好判断力,也让人对那位没有启动撤销格罗根缓刑程序的缓刑官的职业素养提出质疑。骇人听闻的事实提醒了我们,刑事司法体制必须依赖这些会犯错误的凡人来操作。然而,我不愿意将这一段插曲概括成整个的法院系统的弊病。我也不会接受诸如"大多数(缓刑官)都不愿意被监管者兴风作浪"的推论。与大多数州法官一样,加州的法官也是选举产生;他们都很清楚,对于暴力犯罪人的不适当的仁慈将会危害到他们坐稳法官椅的期限。我无法想象,是什么原因让费根蒙蔽了眼睛,作出如布格里奥西先生(Mr. Bugliosi)的报导中所说的那样荒谬的决定。一般来说,加州的法官对于这样的案件往往会犯与此相反的错误。

至于缓刑官的勇气和素养问题,我认为这一案件中的缓刑官的做法并不正常,在其所有可能发生的案件里都属于例外情况,几乎很少有缓刑官须要监管这样一名犯人。不过这种情况并不能为他开脱;这样一名缓刑官应该被开除掉。我的辩论对手并没有说明,究竟是什么因素导致他认为这名缓刑官的胆怯是这一被人污蔑的职业的特点。具有人身危险性的人很少会被判处缓刑;如果他们得到了缓刑,那么一旦他们的危险倾向变得明显起来的时候,他们的缓刑就保不住了。我比较熟悉的假释制度规定,对于有人身危险性的犯罪人,撤销假释不需要有什么的理由,即使没有实施暴力的记录也可以撤销假释。

我的威慑理论

范·登·哈格博士还真是不喜欢我的威慑理论。就我的理解,他提出了四项理由来攻击它。我不觉得他已经颠覆了我的理论构造,但是为了让他所引起的混淆不致复杂化,我在此对他的批评作出回应。

首先，我在论述中说到，正如刑法对那些已经深嵌入犯罪道路的人一样，刑法对于那些根深蒂固地不从事犯罪活动的人来说，关系不大。范·登·哈格博士对此观点感到不安。我的这一观点包含了一个定义以及一系列的事实。有一个阶层的人，他们因循自己的职业与价值，将任何犯罪活动排除在外，尤其是我们在这场辩论中涉及的谋杀罪。这一阶层包含的群体究竟有多大始终是一个不确定的问题。虽然我作为一个乐观主义者，可我还是认为这一阶层包括了大多数的美国人。我的好怀疑的对手不如我这样乐观，他觉得假如这样一个阶层存在的话，也只是很小的一部分。

121

我也认为，存在一个犯罪人阶层，其成员接受了法定的刑罚，将其作为他们所从事的犯罪中的一部分成本。我怀疑这个阶层的人数实在是令人惊骇的庞大，大约有成年人口的5%那么多——远远多于我们的监狱，拘留所以及社区矫正项目能够容纳的人数。我担心这个人数的比例还在上升。

我的理论也考虑到了数量相当大的一个阶层，他们实际上受制于刑事司法体制的威慑效果。他们是对自己的价值不甚确定，对自己在犯罪之后逃脱处罚不甚确定，没有多少犯罪的经验也不熟悉刑事司法体制的男人和女人。如果他们感觉非常确信自己不会被抓住，他们可能会犯某几种盗窃，不过不会从事暴力犯罪或者需要计划的犯罪。假如铤而走险，他们可能会去抢银行或者抢劫加油站。在他们头脑里或者心里，很少想过杀人。

对我来说，目前似乎不大可能对我所假想的这三个阶层的人作出经验上有据可循的区分。我忧郁的辩论对手认为95%的人口都属于中间状态。如果他是正确的话，这个国家会比它的大多数领导人所想象得还要麻烦得多。那么法律只能是我们对付犯罪人的处于无秩序状态的价值的唯一壁垒。而我的更令人鼓舞一些的估计是可受刑罚威慑的人数大约是成年男性人口的25%以及更少一些的女性人口。在极端的情况下，这些人中很小一部分还想到过实施暴力犯罪。

我必须作出回应的第三个问题是范·登·哈格博士对我的主张进

行的曲解，即从来没有多少男孩和女孩在承欢母亲膝下的时候就学习了刑法典的条文。不知道为什么这一声明听在他的耳朵里，我的意思就成了遵纪守法是与生俱来的了——真是遗传学的谬论。儿童承欢母亲膝下的时候所学的是他们的人生价值和对待他人的态度。我认为这一过程就像道德的修习，在一个孩子的生活中，越快习得，于己于身边之人都越有好处。有些母亲是孩子的好导师；但是有太多母亲却不是。父母亲们无法将树立良好行为的基础和有利因素传授给自己的孩子，是造成大量犯罪的原因，这是令我的对手和我以及我们的读者都分外沮丧的。

最后，范·登·哈格博士再一次勾来了詹姆斯·菲茨詹姆斯·斯蒂芬爵士的阴魂，对于此人，我曾在这场论辩的其他部分中讨论过其人格以及观点。成千上万的人避免犯下谋杀是因为他们对谋杀心怀恐惧，这只是这位在维多利亚时代受到特殊庇护的法官的推测。然而，詹姆斯爵士和他的同僚所不同的是，他是一名异教徒，他认为神的制裁并不能公正地落在罪人和造恶者身上。因此，道德的唯一来源就是刑法——我们对付犯罪的强大堡垒。詹姆斯爵士曾经在法庭上听审过许多杀人犯所犯下的恐怖罪行，他对这些人都判处了绞刑。除此之外，他对于产生这些杀人犯的社会底层没有其他任何接触，因此他从这些杀人犯中概括出了作为整体的普通英国人的形象。然后他推断只有以绞刑唤起人们的恐怖，才能防止“成千上万的人”也去杀人。无论人们是否对刑法与刑罚怀有更多的霍布斯式的观念，詹姆斯爵士的观点也不会是“所有该说的”东西。

122

传达给恶棍的信息

我并不赞同恢复死刑还是对犯罪采取强硬措施的开端。如果可靠的信息会传达给恶棍的话，那么恢复死刑只是我们必须要采取的计划中一个毫无必要却让人困扰的物事。传达给恶棍的信息必须包括在城市各个地区都有有效的警力配置的消息、辩诉交易的严格标准的采纳，以及所有犯罪的公正且罪刑相适应的制裁的有效性。这一明确表达意味

着要启动一项困难重重且成本昂贵的计划。许多希望成为公众心目中的法律与秩序的拥护者——却不需要麻烦自己启动现实的立法计划,并耗费大量成本——的政客正确地猜想,对死刑的有力支持会让公众相信自己"对犯罪决不手软"。这一类的圈套是善于欺骗的领导惯用的,正是他们使得当前的犯罪控制变得困难重重。恶棍们都很明白,刽子手对自己始终鞭长莫及。头脑不转弯且消息闭塞的公民似乎都没有意识到,只有很少的一部分犯罪涉及杀人,或者以杀人相威胁。如果政客们和教授们都在告诉他们与事实相反的情况,那么谁又能以他们把死刑当作街头犯罪最有效的矫治措施而责怪他们呢?

负面强化

我的辩论对手引用了威望甚隆的《加州法律评论》(*California Law Review*)于 1970 年刊登的一份由巴里·辛格教授所写的报告,他希望以此让我对负面强化有正确的理解。辛格教授实际上确实推翻了斯金纳所报导的实验,从该实验中斯金纳首次得出负面强化无效的推论。然后范·登·哈格教授回顾一项由加州青年协会(California Youth Authority)实施的研究,查阅了无数的对其他动物做的实验,该研究的结论是,正确适用的刑罚,"如果足够严厉的话",就可以消灭犯罪行为。该论文在结尾的一段话中说到,各种各样的刑罚,无论是监禁还是其他,都可能是有效的。他还认为,恢复老虎凳、手枷和足枷,甚至有可能的话恢复耻辱标记,就像纳撒尼尔·霍桑(Nathaniel Hawthorne)的《红字》那样,耻辱标记可能会对某几种犯罪人产生效果。 123

但是我并不是依赖于斯金纳早期的对老鼠所做的实验来支持他的以及我的观点的——即,刑罚是一种效率低下的行为矫正方法。正如斯金纳所指出的事实,"一个人受了惩罚之后并不会从此就不按自己所想的那样行为了;他最多只是学会了如何去避免惩罚。有些避免惩罚的方法不合适或者会让人烦乱……其他的方法则包括要避免出现可能发生

被惩罚的行为的情况，然后做与被惩罚行为性质相反的事情。"[22]那么，惩罚所达到的目的就是，向受惩罚的人传达这个意思：如果他不想再次受罚，他就必须杜绝那种行为。惩罚并未向人建议获得个人满足或生存的替代方法。

人们并不需要轻信斯金纳关于自由和尊严的乌托邦式的观念，而只须承认他对于负面强化的概括的良好判断力即可。正如我在开头已经说过的，人类要比老鼠和鸽子都复杂得多，但是与所有有生命的动物一样，我们都会对激励和障碍作出回应。

范·登·哈格教授想知道为什么同处于社会底层的年轻人对于非法激励的回应各不相同。有些人实施了犯罪；而有些人却没有。这个问题已经困扰了一代又一代的社会理论家，我不能迅速给出一个浮于表面的答案。如果能够让我的游移不定的辩论对手对我的威慑理论有些好感的话，我当然愿意承认社会需要给犯罪设置更好的障碍。我希望他能赞同我的观点，即社会也需要为人们选择不犯罪的生活提供更佳的激励。如果居住在犹太人区、西班牙语区以及贫民窟里的美国年轻人能够得到他们所信任的激励，那么我们对于足够的障碍的渴求大约就不会如此急切了。

所有以上有趣的对话所针对的都是一个有着广泛的社会重要性的话题。这实际上与我们所关注的主题无关。我们所关注的是：谋杀，以及如何给犯了谋杀罪的人施加最适当的刑罚。

社会下层阶级

约翰逊总统的大社会运动的失败是保守派作者最爱提到的内容。124 下层阶级有了施展机会了，且看都发生了些什么！犯罪率居高不下。那必然会让一些思维公正的公民想到，贫穷和匮乏，与违法行为的发生没有关系。

---

〔22〕 B. F. Skinner, *Science and Human Behavior*, New York: The Free Press, 1965.

借用惠灵顿公爵(the Duke of Wellington)常说的一句话来说，你连这都相信了，那还有什么不能信的(anyone who can believe that can believe anything)。大社会繁荣了大约4－5年，然后遭遇了涣散人心的越南战争的挤兑。正如在过去35年操纵美国经济体制的过程中发生的财政失误不可能在一年左右的时间里得到矫正，数个世纪以来的种族压迫、几十年以来的结构性贫困，以及数年以来的社会疏漏不可能在短短几年内得到补救。大社会是一个失败的开始。如果在其间有一个短暂的期间内犯罪率有过明显下降的话，那么除了克洛沃德和奥林之外，也没有别人表示过诧异。

我认为没有哪个对大社会进行过思考的学院派理论家曾经想到过，大社会的成就还包括谋杀案件发生率的下降。

犯罪与贫困线

我的辩论对手拿出了一张表，来说明在1900年至1982年之间，生活在贫困线以下的人口的百分比从90%下降到“由于经济衰退，在11%到14%之间”。这确实是一段引人注目的时期。我要如何解释犯罪率也随之或多或少地提高了呢？

大体的答案就是，对于贫穷的反应从一代人到另一代人之间各有差异。其中的差别可能归因于他们对生活的预期，穷人间的社会团结的性质，他们对于国家领导人的信心发生了变化，以及许多因素的影响。对于20世纪40年代晚期之前的犯罪的发生率我们没有可靠的统计数据以资借鉴，但是如果说犯罪直到晚近才成为一个显著的问题，这显然不是事实。那些还能回忆起20世纪20年代和30年代的社会状况的人，都能回想起从当时的愚蠢的试行禁酒令中发展起来的有组织犯罪的邪恶萌芽。一大批穷人都看到自己致富的机会并抓住了时机，而不管法律的限制消费的规定以及传统刑法和刑罚的约束。

当前这一代的穷人由比例各不相同的种族上的少数派组成。这是流动的一代，他们学会了在这个国家四处飘荡寻找机遇。在某种意义

上,这种流动性恰是保守派经济学家希望工薪阶层在世道不景气的时候能够接受的状况。大多数人找到的机遇是合法的,但是有些却是不合法125 的。但是自二战以来,作为工薪阶层生活的一种特色的流动性也制造出了一个陌生人社会(a social anonymity);人们不再像过去那样,在一个住处住一辈子,邻里之间彼此认识。对于许多这样的人来说,个人声望不再起太多作用。与这些趋势相伴而来的,是对于权威的信心和尊敬的全面丧失,让人惊讶的是,犯罪多得不能再多了。用来缓解这样一种让人沮丧的状况的措施,在每个知情的学生看来,没有明显地解决问题。要说恢复死刑会带来某些效果,这是最不可靠的措施了。

“重塑经济制度”

我的辩论对手反对社会的重塑,我也持同样看法。我所赞成是对经济制度的重塑。我对范·登·哈格博士所主张的革命的解决方法抱有同样的反感。我们不需要考虑进行大规模的社会重塑,以便将经济过剩减到最小。在我们的经济状况变得与更稳定的资本主义社会一样之前,我将继续坚持“死刑的执行,无论有多么频繁,都只能是一个血腥却没有效果的姿态”。

犯罪人是否该归责?除了仿佛他们罪有应得般对待他们之外,我们别无选择。像我这样的报应主义者支持按照犯罪人应得的那样对他们施加刑罚的法律。如果某人被发现犯有某罪行,那么他就必须受到惩罚;这种罪与罚的关联是维持社会团结的基本要素。

但是社会科学家和公共政策制定者必须探求减少人们犯罪的倾向的方法。我不能屈从于一种主张,即我不认为,由于大量的人因为失业或者不能受雇佣而生活在劳动经济体制之外,其让人不愉快的诸多后果之一就是,我们必须接受相当可观的犯罪率。大量的无业人口绝不是导致犯罪的唯一问题;在这场争论中,我所表达的内容里面,已经提到了许多其他的因素。要是我们把我们对犯罪的思考局限于犯罪控制与实施刑罚的方法上,我们就不能期望犯罪率会下降多少。让我再强调一次,

我将与我的辩论对手一样响亮地坚持，犯罪必须控制，犯罪人必须受到惩罚。

但是犯罪也是一种症状。犯罪的种类与实施犯罪的人的种类是社会体制故障的指示器。如果说有了故障的社会体制是犯罪产生的原因，那就是将问题过分简单化了，对此我的许多自由主义的同僚都曾经进行过思考。我在此将详细解释一下，因为范·登·哈格博士想用每一种保守派都很热衷的老一套来消灭我。主张社会故障构成了导致犯罪的主要原因是过分简单化了，之所以这么说的原因是该主张源自一个命题，即认为犯罪人不应当被认为有罪并受到处罚。 126

犯罪给自由主义思想提出的问题有如下这些：这种或那种犯罪的盛行指向了什么样的矫正条件？那样的状况怎么样才可能被矫正？这两个问题的可靠的答案，都不是死刑。

对作弊者的威慑

对于从蒂特尔和罗所做的大学考试作弊实验中推断出结论，反对从中推出过于彻底的结论的人并不是我。这一警告性的小记录来自实验者自己。我说过，我不能接受从大学课堂里的实验结果里得出死刑作为威慑力量很有效的推论。如果我是蒂特尔博士或罗博士的授课同事的话，我将会试着把他们的威慑模式应用到我自己的课堂上。要是发现这一模式确实有效，我也不会有一丝惊讶。但是我没觉得这一发现对于潜在的杀人犯的威慑来说有什么意义。

对于醉酒驾车致人死亡的司机的威慑

我可以接受范·登·哈格博士所提出的处罚醉酒司机的犯罪的刑罚规格。我并不相信对一名醉酒司机执行死刑就真的有可能挽救500个生命，但是我基本不怀疑，对于在这类案子中判处醉酒司机犯二级谋杀而强制监禁一段时间将大大减少这类杀人案件的数量。我确信这样

的立法在立法机关通过会比死刑要容易得多。

我提出这个问题，是因为我觉得这个问题跟我顽固的辩论对手一样的荒谬，他想当然的认为执行一名杀人犯死刑就会挽回500名无辜者的生命。如果面临的选择是给杀人犯自由还是对其执行死刑，摆在我以及其他的范·登·哈格博士也曾经争论过的对手面前的问题可能有一些两难的感觉。但是从未发生过这样的选择。现实的区别在于面临的刑罚，是终身监禁还是刽子手带来的"短痛"。我要说，在我的对手能够证127 明刽子手会比终身监禁挽救更多的受害人之前，我们就无须动用刽子手。

欧内斯特·范·登·哈格：

与康拉德暗示的恰恰相反，我并没有否认贫困在激发犯罪方面所起的重要作用。我否认的是在美国，缺乏最低的生活必需品的赤贫意义上的贫困，在造成犯罪方面扮演了重要角色。在美国，基本上已经不存在这样的赤贫状态了，而不像在诸如印度，或者中国那样仍然未完全脱贫(顺便说一句，他们的犯罪率却比我们要低)。这是一种相对贫困，正如康拉德 所说的，"生活在底层"，这在美国往往激发了犯罪。但是相对贫困是不可能避免的。哪里有顶层，哪里就有底层；无论在哪里都是有些人拥有得多些，有些人拥有得少些；而有些人必然拥有得最少——他们就"生活在底层"。他们最禁不起犯罪的诱惑，以此得到别人拥有的东西。其他人则以合法的手段获得自己拥有的东西。"生活在底层"(少数群体)的某些人觉得他们可以也可能通过犯罪来获得物质。对他们来说，诱惑是强大的，但是对犯了罪的人实施惩罚以及通过刑罚威慑每个人，必然会阻碍一些人犯罪。

如果事实上"男孩和女孩学到了通过犯罪来取得他们能得到的东西"的话，法律应当让他们知道这不是一个好主意，非常不幸的是目前法律还不能充分做到这一点。刑罚应当大于犯罪的期待利益，风险应当大到足以威慑众人。是的，康拉德说对了，在"下层阶级"中确实有一些"不能被雇佣的人"。他们不能被雇佣是因为他们发现，他们可以通过

从事犯罪，而不是从事工作来过上还说得过去的生活。但是那样的生活还能过得去，完全是因为法律对他们管得太少。在1981年的纽约州，一共只有6个人因为盗窃汽车被关进监狱。但是那一年纽约被偷的汽车超过了10万辆。因此，偷车贼选择犯罪来谋生，选择“不能被雇佣”也就不足为奇了。这种生活几乎是零危险的，而收入却很高昂——那么他们又有什么理由要做一名洗碗工，去赚更少的钱呢？

康拉德教授写到，在德国，当地没有手枪，以及失业率很低，有助于说明其低犯罪率。但是德国在失业率很高的时期，犯罪率仍然很低。在瑞士，枪支，包括手枪，是每个人都能买到的——但是该国犯罪率也很低。造成了犯罪率高低差别——在日本犯罪率很低，而在美国却很高，在欧洲的大部分地区则处于两者之间——的理由并不是那么简单的。显然不是单一因素，诸如失业或者手枪所致。康拉德教授又一次无形中被过分简单化的观念冲昏了头脑。 128

我也确实赞同康拉德教授所说的，提高逮捕率有助于减少犯罪。但是我认为如果定罪率和判刑率也提高且刑罚更严厉一些的话，对于减少犯罪的助益会更大。关于这个问题有一些有趣的统计数据。艾萨克·埃里克（Isaac Ehrlich）教授对美国各州的犯罪率和判刑率进行了比较（州和州之间各不相同），比较中恒定的一组变量是本州人口中年轻男子的百分比、所属种族、贫困程度，以及失业人数，他得出的结论是，“各种具体类型的犯罪的发生率，事实上毫无例外的，都与该类犯罪被逮捕的可能性，判处监禁的可能性以及在州监狱服刑的平均时间长度呈反方向变化。”[23]换言之，受刑罚处罚的风险越高，刑罚越严厉，发生的犯罪就越少。统计数据（埃里克的数据做得十分精细）证实了长期以来人们都知道的常识。

康拉德教授想知道是什么导致我认为许多（并非全部）缓刑官，以及整个的体制，都没有很好地履行其职责（我也不确定这项工作有否可

---

〔23〕 Isaac Ehrlich, "Participation in Illegitimate Activities: A Theoretical Investigation," *Journal of Political Economy*, May/June 1973, p. 545.

能做得很好)，是什么导致我认为州法官素养不足，保护犯罪人比保护社会更多。我的答案很简单。我认识许多缓刑官。尽管有相当多的缓刑官竭尽全力，在客观环境下最大程度地履行了职责，但是还有更多的缓刑官却做得不够。

最后，我相信埃里克教授以及其他人都已经证明了“刽子手会比终身监禁挽救更多的受害人”。埃里克教授得出的结论认为，每次执行大约能挽救7－8名受害人，如果没有死刑的话，他们可能会被别人谋杀，在我看来，这一结论已经很有效地证明了刽子手的作用。刑事法学家、社会学家，以及经济学家们都感到惊诧，在他们看来死刑无效已经成为一种教条，而埃里克却对该教条进行了抨击。他们对这位学术同道大加挞伐，写了无数的论文来驳斥他的观点。埃里克也作出了回应，并且在129 我看来，他将自己的观点更好地呈现了出来。但是，至少在这个时候，事情仍然是存在争议的。康拉德教授的观点拥有学院派的支持，我的观点也同样不是孤立无援。不过，只要有一线机会，只要我们有通过死刑来威慑一些未来的杀人犯、挽救一些未来的受害人的少许机会，不论是确实无疑还是高度可信(尽管我认为高度可信比较现实一些)，我就要支持死刑。在我看来，这些受害人的生命是非常宝贵的，同时，在我看来，杀人犯因为夺取了另一个人的生命从而丧失自己的生命。从威慑论的观点来看理由也足够了。如果需要我再加一句的话，尽管我不会把情感命名为理论，但是我也拥有大众的情感，觉得杀人犯被处死是罪有应得。



第五章附录

欧内斯特·范·登·哈格： 131

关于醉酒司机的问题，以及每年有55 000人丧生于交通意外，半数是由醉酒司机造成的，这个问题实在非常重要，我们不能对此不加以进一步的思考而就此罢休。

假如在实践中有可能对醉酒司机适用死刑的话，我也不确定死刑是否会很有效：毕竟醉酒司机似乎情愿以自己的生命为代价（很不幸的是还有别人的生命）去开车。他死于交通意外中的可能性是很大的，就目前而言，远远大于杀人犯被执行死刑的机率。

尽管惩罚性的措施会有一些威慑效果。然而以英格兰和斯堪的纳维亚半岛的经验来看，严厉的刑罚引进当地之后醉酒驾驶的情况在一开始确实减少了。但是这种情况维持的时间不长。严厉的刑罚的效果似乎有逐渐减弱的趋势。虽然如此，我还是赞成严厉的刑罚的，因为它确实起了一些作用。

除了以上办法以外，我还赞成采取一些尚未尝试过的矫正措施，那些措施或许会起到效果。我将承诺给任何发现醉酒司机打算开车并报警的人以报酬。我也会确保警察迅速到场。我也保证，任何人在两年内被发现两次醉酒驾驶将吊销驾驶证两年，而且只有经精神病医师或者一个类似戒酒无名会（Alcoholics Anonymous，饮酒者的自愿组织，其宗旨在于自助戒酒或互助戒酒。——译者注）的组织鉴定他已经戒酒之后才能返还驾驶证。对于酒后驾驶达到3次或者3次以上的人，我将对其处以吊销其驾驶证一定期间的处罚，最长不超过5年。我也将大大提高对吊销驾驶证后无证驾驶的司机的处罚。（所有这些措施也同样适用于吸毒后驾车的司机）。

正如康拉德教授所指出的，从醉酒司机所造成的危害来看，酒后驾 132

驶问题是非常严重的。另一方面,酒后驾驶通常都不存在恶意的企图,所以不大可能对其适用严厉的刑罚措施,即使适用了严厉的刑罚,也可能没有太大效果。在这样的情况下,采取一些预防措施,给怂恿或者容忍司机酒后驾驶的人施加一些责任,以及对驾驶证发放规定更严格的条件,可能会有一些效果。



▼
▼
▼

第六章

威慑、死刑和相关数据

133

约翰·P·康拉德:

很多犯罪学家所犯的一个共同的概念上的错误是,他们假设刑罚威慑力会以大体上相同的方式预防所有犯罪。如果证实了大学二年级学生会因惧怕受到严厉的学校纪律的惩罚而放弃舞弊和抄袭,那么人们就会以类比推断认定,潜在的杀人犯也会因法律宣示要将所有谋杀者送上绞刑架而悬崖勒马放弃杀人。有些人认为,刑罚的严厉性能够极其有效的预防犯罪,因而严厉刑罚的存在具有合理性,前述类比推断的荒谬性往往会被这些人们所忽视。

威慑问题是一个头绪繁多的"九头怪"(hydra - headed)问题。将威慑作为一个问题——而忽略解答这个问题不可思议的困难——其复杂性已在挪威犯罪学家约翰尼斯·安第斯(Johannes Andeans)简洁但内涵广泛的论著《刑罚和威慑》(*Punishment and Deterrence*)一书中得到了清楚的表达:"威慑不能被作为一个整体问题来看待。一概赞同或否认刑罚威慑效用的论述已经过时。此命题研究的问题不是刑罚是否具有威慑效用,而是刑罚的威慑效用在何种情境之下会得到发挥以及会发挥到何种程度"。[1]

---

〔1〕 Johannes Andenaes, *Punishment and Deterrence*, Ann Arbor: University of Michigan Press, 1974, p. 84.

安第斯在以这种方式论述了这个问题之后，继而考察了刑罚对从谋杀到违章停车等各种犯罪的威慑效用。他的论断我并不是全部赞成，在此也不便对这些论断进行归纳。但是，前文引述的段落中表达出的基本观点已相当清楚，虽然这个观点因其自身具有的辩证效应而经常被违反。

我们在此讨论的问题只涉及刑罚威慑这个大问题中的一个狭小部分。我们的问题是：将判决有罪的谋杀犯执行死刑所具有的威慑效果，134 是否远远超出将这类犯罪人科处长期监禁所具有的威慑效果。我们并不讨论死刑是否比不科处刑罚，或者比诸如缓刑这样的非实刑更具威慑效果这样的问题。很多死刑废除论者认为死刑没有遏制杀人罪的效力，但我并不这么认为，因为我觉得这是一个无法证明的绝对假定。在此我们讨论的是将人送上绞刑架和将其送入监牢禁锢多年甚至余生这两种刑罚之间的差别。正如我所提到的，这场争论的结果并不是建立在关于死刑是否具有威慑效用的讨论的基础之上的——我认为，从刑罚的正当基础在于报应这一论点出发，死刑既是不必要的，也是不道德的。不过，这也巩固了死刑废除论者的观点，即认为没有经验上的证据证明死刑比长期监禁刑更具威慑效应。

在本章中我将简要的而不是详尽的对论述死刑威慑效用这个命题的文献予以概述。当然，本文也对一些文献进行了全面回顾，并将格拉泽(Glaser)〔2〕和沃尔多(Waldo)〔3〕的论述作为关于此问题的综合性和权威性的论述。在此我将展示当前关于死刑威慑效应的经验主义立场，并在一切有关死刑威慑效应的讨论中考察其具体含意。

〔2〕 Daniel Glaser, "Capital Punishment——Deterrent or Stimulus to Murder? Our Unexamined Deaths and Penalties," *University of Toledo Law Review* 10, Winter 1979, pp. 317 – 333.

〔3〕 Gordon P. Waldo, "The Death Penalty and Deterrence: A Review of Recent Research," in *The Mad, the Bad, and the Different: Essays in Honor of Simon Dinitz*, ed. Israel L. Barak – Glantz and C. Ronald Huff, Lexington, Massachusetts: D. C. Heath, 1918, pp. 169 – 178.

讨论背景

我将于下文提出的观点是：死刑保留论者相信死刑比监禁刑更具显著的威慑效应，但他们用于支持此观点的论据，除了一个大的例外以外，全部依赖于常识判断。语言表达能力极好的学者们如詹姆斯·菲茨詹姆斯·斯蒂芬爵士（Sir James Fitzjames Stephen）已经提出了多种论据来说明这样的观点，即死刑比监禁刑更具显著的威慑效应这个结论并不是象死刑保留论者所宣称的那样可以不证自明。死刑保留论者经常断言，虽然用以支持死刑比监禁刑更具显著威慑效应这个观点的统计学论据亟待发现，但至今也无人可以证明死刑比长期监禁刑的威慑效应要小。死刑保留论者中更多的运用了社会科学认识论的那些学者，可能会正确的认识到不是所有用于证明死刑威慑效用的变量都可以被简单的量化。由此，关于死刑威慑效应的论证通常会被缩陷成为按顺序排列的如下简化论点：①人人皆知人类畏惧死亡甚于畏惧其他任何东西；②因而，用死亡进行威胁是最大的威慑；③虽然用长期监禁刑进行威胁也可产生威慑效应，但相形于用死亡进行威胁所产生的威慑效应，还存在一些差距；④因为谋杀是罪大恶极的犯罪，导致了被害人不可恢复的生命伤害，因此国家剥夺谋杀犯的生命以确保对杀人行为进行最大的威慑，这种做法是正当的。 135

我们将会看到，如果死刑不具有象死刑保留论者所宣称的那样的威慑效用，这个论证体系将会崩塌。那么，关于死刑效用的论争，定会成为报应论者的舞台。

塞尔斯坦·塞林和比较研究

直到20世纪70年代早期，对于死刑威慑效应的研究依靠的还是对杀人罪犯罪率的比较。这些比较研究大体上可以分为两类。第一类是对法律发生变动的司法区进行时间序列的纵向比较研究。通常在那些

死刑被废除之后又重新恢复的州里可以进行这样的研究,但是相反的情形(死刑先存后废)也同样的可以进行研究。在本章中我将对后述情形试举一例。第二类是对保留死刑的司法区和其他废除死刑的司法区进行横向的比较研究。此项比较显然必须慎重的保证可比性,尽可能包含所有与杀人罪的发生频率相关的变量。

很多此类比较研究是由塞尔斯坦·塞林(Thorsten Sellin)教授完成的,他多年以来并且一直将是一位卓越的犯罪学家。在我看来,他所作的最能彰显问题的比较研究是以密歇根州、俄亥俄州、印地安那州的杀人罪犯罪率为基础的。密歇根州自1846年以来就没有实施过死刑,但俄亥俄州和印地安那州在它们的历史中始终如一的适用死刑。表I摘自塞林最近的著作《死刑》(*The Penalty of Death*),[4]展示了这项比较的内容。

可以看到的是,1920年到1964年间密歇根州的杀人罪犯罪率与同时段的俄亥俄州和印地安那州的杀人罪犯罪率大体上是相同的。从1964年到1974年间密歇根州的杀人罪犯罪率增长迅速,而与此同时俄亥俄州和印地安那州的杀人罪犯罪率增长缓和。

现在,人们通常都会说这些州际间的比较在统计的视角下是粗略的,因为它们没有考虑很多无形的变量,例如文化差异、经济状况、有关逮捕和起诉犯罪人的法律执行的实效,无疑也不包括很多由于自身原因导致不能进行衡量的社会样貌特征。我认为这种批评的观点适用于密歇根州和俄亥俄州并不十分恰当。这两个州的人口规模大体上是相同的,居民在大都市、小城镇、乡村的分布情况大体上是相同的,种族分布情况是大体上相同的,财富分布情况也是大体上相同的。

[4] Thorsten Sellin, *The Penalty of Death*, Beverly Hills and London: Sage, 1980, p. 144.

表 1:1920 - 1974 年间杀人罪犯罪率、被执行死刑的人数略表 *

(单位:人/10 万人,每年平均数)

136

五年时间段	密歇根州	俄亥俄州		印地安那州	
		犯罪率	被执行死刑的人数	犯罪率	被执行死刑的人数
1920 - 1924	5.5	7.4	45	6.1	5
1925 - 1929	8.2	8.4	40	6.6	7
1930 - 1934	5.6	8.5	43	6.5	11
1935 - 1939	3.9	5.9	29	4.5	22
1940 - 1944	3.2	4.3	15	3.0	2
1945 - 1949	3.5	4.8	36	3.8	5
1950 - 1954	3.8	3.8	20	3.7	2
1955 - 1959	3.0	3.4	12	3.0	0
1960 - 1964	3.6	3.2	7	3.2	1
1965 - 1969	6.6	5.1	0	4.7	0
1971 - 1974	11.3	7.8	0	6.4	0

* 资料来源:国家人口统计局:《美国人口统计》;William J. Bowers, Executions in America (Lexington, Massachusetts: D. C. Heath, 1974), Appendix A.

如果死刑对于谋杀罪来说具有有效的威慑效用,那么我们应当可以预期在过去的 60 年里俄亥俄州的杀人罪犯罪率会一直低于密歇根州的杀人罪犯罪率——但实际情况并非如此。连印地安那州的数据也对死刑保留者的观点没有任何助益。

但是在 1965 年发生了什么呢?密歇根州的杀人罪犯罪率在 5 年内由 3.6(人/10 万人)飙升到 6.6(人/10 万人),此后又过了 5 年多变成了 11.3(人/10 万人)。经过 5 年到 1974 年俄亥俄州的杀人罪犯罪率仅有 7.8(人/10 万人),而印地安那州的杀人罪犯罪率更加少至 6.4(人/10 万人)。这难道不是我们可从这两个保留死刑的州中看出的一个显著差异吗?

在数据层面这当然是一个显著差异,但不能断言死刑对造成此差异起到了任何作用。如果死刑确实具有死刑保留论者所宣称的那样的威

慑效用,那么我们预计的结论的将会是俄亥俄州和印地安那州的杀人罪犯罪率在1960年至1974年间的迅增,因为在此年间死刑被暂停适用。但是实际情况并非如此。对于潜在谋杀犯来说,法律对其的最坏判决可能只是监禁刑,身处于的这样的法律之下,他们受到威慑似乎没有显著减小。我们能够猜测到导致这些州杀人罪犯罪率缓和增长的因素。对于密歇根州而言,无论是何种因素导致了它的杀人罪犯罪率在10年间由3.6(人/10万人)的谷底涨至11.3(人/10万人)的峰顶,这种因素一定是死刑以外的因素,而是在这个州里从来没有出现过的因素。但在所有的3个州中,从整个国家整体的角度来看,此期间正值空前的社会和政治紧张状态粉碎权威和拆解社会凝聚力的时代。20世纪60年代的种族骚乱、越南战争、日益严重的经济动荡,必定都对犯罪率产生了影响——这些影响属于大小不能被赋值评估的影响。

137

对于在这些比较中不能被量化规定的神秘变量的诡辩,我除了把它当作诡辩之外没有把它当作是任何东西。用于区分密歇根州和俄亥俄州的不可量化的经济学和人口统计学上的无形变量,似乎不能减损两州情况的相似性。我相信,如果这些比较能够始终如一的显示在过去的60年间俄亥俄州和印地安那州的杀人罪犯罪率要比密歇根州要低得多,那么这两个州适用死刑(坐电椅)会具有更大的威慑效用,对此我将无力反驳。我怀疑死刑保留论者们可能根本没有耐心考虑我将在下文中不得不提出的州与州间的数据比较。

塞林还作出了其他大量有关邻州之间的比较研究,我认为注意到这点是很重要的。没有一项比较研究揭示出可用以支持保留死刑的州的时段纵向比较上的显著差异。[5]

加拿大的经验研究

在加拿大的杀人罪统计表中,至少包含了有关死刑对谋杀罪犯罪率

[5] Ibid., pp. 156 – 174.

产生影响的枝节问题的一项深刻的实证研究。我不想回顾加拿大的整个死刑发展史,这段死刑发展史的历程与美国多数州不同。我更乐于尽量多的论述那些似乎对于理解表 II 中支持废除死刑的数据更有意义的必要的背景知识。[6]

138

表 II:1961 - 1980 年间加拿大谋杀案发案数和犯罪率(人/每 10 万人)

年份	发案数	犯罪率
1961	172	0.94
1962	196	1.05
1963	192	1.01
1964	199	1.03
1965	216	1.10
1966	206	1.03
1967	239	1.17
1968	292	1.41
1969	320	1.52
1970	354	1.66
1971	395	1.83
1972	414	1.90
1973	448	2.03
1974	500	2.23
1975	569	2.50
1976	561	2.43
1977	575	2.47
1978	554	2.36
1979	537	2.27
1980	459	1.92

* 资料来源:加拿大司法统计中心:《杀人案统计 1980》(Ottawa,1980),p. 27, Table I.

[6] Canadian Centre for Justice Statistics, *Homicide Statistics*, 1980, Ottawa: Statistics Canada, January 1982, pp. 125 - 131.

在1892年至1961间,加拿大刑法典只规定了两种程度不同的杀人罪:谋杀罪,通常被判处死刑,以及普通杀人罪,通常被判处最长期限的无期徒刑。在此期间的大多数时间里,关于将谋杀罪分为可处死刑的谋杀罪和不处死刑的谋杀罪两类的刑法典修订案,一直是联邦国会争议不休的话题。最终在1961年,这个修订案被颁布实施。可处死刑的谋杀罪被界定为杀害警官或监狱看守、预谋杀人,或者在犯重罪中实施的谋杀行为。在1967年这份法令被修订的更为严格,规定仅可对谋杀警察和监狱看守的杀人行为判处死刑。这次修订也规定了只有经过省长的批准才能假释被判处无期徒刑的犯罪人。

在1976年7月,国会颁布了一项法令,全面废除死刑,用强制性的无期徒刑来代替对原应对一级谋杀罪判处的死刑。一级谋杀罪被限定为"预谋或故意的谋杀,谋杀警官或杀害正在执勤的行使监管职责的官员,在某些特定的犯罪行为(劫机、绑架或性犯罪)中实施谋杀,或者以前已被判处一级或二级谋杀的谋杀犯实施的谋杀行为"。[7]

在加拿大,自从1962年以来就再也没有人屈从于死刑的威慑。近20年间谋杀罪犯罪率的稳定增长自身就说明了这一点。值得注意的是,在最近的4年间,谋杀罪的发案数和每10万人中被判处谋杀罪的犯罪论还有所下降。我不会轻易推断是死刑的废除导致了谋杀罪的这种下降——无论如何,这种下降在统计学意义上是令人费解的。似乎对于轻武器的越来越严格的控制是导致谋杀罪发案数下降的部分可能原因之一。在1976年到1980年间,每年用枪杀人的谋杀案件数由194件下降到159件,而其间发案数最高的年份是1977年,达到了221件。但是,无论我们如何解释谋杀罪犯罪率下降的原因,无庸置疑的是,谋杀罪犯罪率并未因为1976年的废除死刑法案而上升。如果死刑保留论者的假想有着哪怕一丁点正确性的话,那么我们预测的将会是谋杀罪发案数和犯罪率的急剧增长。

139

毫无疑问,一些死刑保留论者可能会耐心地对我解释道加拿大与美

[7] Ibid., p. 130.

国非常不同。人口数量较少、社会更具同质性、没有大的少数民族。我们直率的承认所有这些不同以及更多的托辞，正如承认两国之间谋杀罪平均犯罪率的鲜明对比一样，最近5年间加拿大的谋杀罪的犯罪率是每10万人2.87人，相比之下美国是每10万人8.49人。在加拿大全国范围内废除死刑的法令生效6年以来，我还没有看到任何阻碍正在下降的杀人罪犯罪率继续下降的迹象。

艾萨克·埃里克的经典分析

1975年，艾萨克·埃里克（Isaac Ehrlich）教授出版了他的经济学博士论文，旋即令全国睹目。他将1930年以来有关杀人罪和死刑执行的数据运用到统计学上的衰退过程分析中。这种方法可用以建立一个能够最贴切的描述因变量和预测变量之间关系的数学方程式。埃里克在他的研究中，试图通过量度可能影响杀人罪犯罪率的其他因素来衡量死刑的威慑效用，以决定死刑可以在何种程度上被适用，以及试图精确的计算出死刑执行可以对多少杀人罪起到阻止作用。他的统计学研究的最终结果是，发现了每一次死刑执行遏制了8起潜在的谋杀案的发生。

这是相对简短的死刑经验研究史中出版的第一部发现死刑比无期徒刑更具确切的威慑效用的著作。[8] 死刑保留论者欣喜若狂的紧抓住埃里克的这项发现，正如快要饿死的人赶上了一场宴会（the delighted alacrity of a starving man presented with a banquet）。我亲耳听到检察官和竞争公职的保守派候选人宣称，科学现在已经证明那项略有常识的平头百姓一直知晓的观点——死刑执行挽救了生命。

死刑保留论者越见多识广就越谨慎小心。埃里克在验证他的数学模型时不得不依靠一些含糊可疑的统计数据，死刑保留论者希望用更为确切完整的数据替代这些可疑数据进行成功的摹仿研究（replication）。 140

[8] Isaac Ehrlich, "The Deterrent Effect of Capital Punishment: A Question of Life or Death," *American Economic Review* 65 (1975), p. 397.

追随埃里克教授那篇著名的论文产生了相当多的研究文献。我不打算在此对其进行回顾,对头绪繁复但具有技术意义的论战感兴趣的读者,可以在阅读埃里克的原始论文时,一并阅读由国家科学学会撰写的对该论文进行学术批判的相关论文,[9]最近,在英国出版了由布赖恩·福斯特(Brian Forst)所作的一项摹仿研究(replication),[10]以及发生在贝里韦尔德(Beyleveld)[11]和埃里克之间的尖锐的学术论战。[12]

结果是,学者们进行了大量的研究,但没有一项能够得出与埃里克相似的结论,人们的通常观点是,衰退分析(regression analysis)并不能得出任何与塞林用更简单的方法得出的结论不同的分析结果。实际上,正如国家科学学会威慑效用研究小组(the Panel on Research on Deterrence of the National Academy of Sciences)宣称的那样:

> "在对死刑的威慑效用进行研究时……应当意识到,与作出死刑判决的决定紧密相关的较强的价值观内容,以及与死刑误判紧密相关的较高的风险,使得任何被用于研究死刑刑事政策的科学论据可能都需要极其严格的证明标准。对于死刑威慑效用的非实验性研究必定是受到局限的,几乎当然地不能达到这些证明标准。因此,本研究小组认为,对于此课题的实证研究很可能不会得出能够或应当能够对刑事政策制定者产生足够大的影响的结论。"[13]

---

[9] Alfred Blumstein, Jacqueline Cohen, and Daniel Nagin, eds., *Deterrence and Incapacitation: Estimating the Effects of Criminal Sanctions on Crime Rates*, Washington, D. C.: National Academy of Sciences, 1978, pp. 59 - 63, a summary of the findings of the Panel on Research on Deterrent and Incapacitative Effects relative to capital punish - ment. See also in the same volume, Lawrence Klein, Brian Forst, and Victor Filatov, "The Deterrent Effect of Capital Punishment: An Assessment of the Estimates," pp. 336 - 360, a paper commissioned by the panel for inclusion in this report.

[10] Brian E. Forst, "The Deterrent Effect of Capital Punishment: A Cross - State Analysis," *University of Minnesota Law Review* 61 (1977), pp. 743 - 767.

[11] Deryck Beyleveld, "Ehrlich's Analysis of Deterrence," *British Journal of Criminology* 22, April 1982, pp. 101 - 123.

[12] Isaac Ehrlich, "On Positive Methodology, Ethics and Polemics in Deterrence Research," *British Journal of Criminology* 22, April 1982, pp. 124 - 139.

[13] Blumstein et al., eds., p. 63.

现今，计量经济学家们得出的明确的一致结论是，没有理由相信执行死刑对于遏制谋杀罪具有任何影响。

为了回应埃里克的论断，鲍尔斯(Bowers)和皮尔斯(Pierce)，这两位毫不掩饰他们反对死刑立场的社会学家，对“残酷化”假想[14]进行了一次统计学研究。这项研究的观点是死刑的实际效应是刺激了希望获得恶名的人们实施谋杀，这些恶名是不能通过较常规手段获得的。运用纽约州的数据作为他们研究的基础，他们得到了这样的发现，每一次死刑执行都导致了2~3起谋杀案的增加。由于此项研究没有摹仿研究的验证，也没有得到其他“残酷化”假想的调查研究的支持，我不能将其作为一项支持死刑废除论观点的论据。然而，这项研究比埃里克千疮百孔的实证研究要完美得多，显然几乎没有任何可靠的摹仿研究能够成功支持埃里克的研究。

经验研究的情况

141

至今还没有任何研究可以为狭窄的威慑效用假想提供无可挑剔的证据支持。似乎死刑的威慑效用不太可能得以验证，但是，正如死刑保留论者饱含希望的论说道的那样，迄今为止没人能够在运用统计方法的问题上取得成功的事实，并不意味着取得成功永不可能。对于这个论断，齐默林(Zimring)和霍金斯(Hawkins)在详尽的考察了整个威慑效用课题之后，评论道：“以最宽和的解释论视角看来，这是一种极度细弱的功利主义合理性的表达形式。”[15]我不得不引申塞林对此悲哀结论的回应：“要证明不存在独角兽是不可能的。我们能够证明的只能是，我们迄今为止还没有发现一只独角兽。如果长期的论战最终得到的结

[14] William J. Bowers and Glenn L. Pierce, “What Is The Effect Of Executions: Deterrence or Brutalization”, Unpublished paper, Center for Applied Social Research, Northeastern University, n. d..

[15] Franklin E. Zimring and Gordon J. Hawkins, *Deterrence*, Chicago and London: University of Chicago Press, 1973, p. 16.

果……,仅仅只是一项特定的理论不能被证明为误,你将这个问题与同独角兽问题归为一类很可能是确切的。"[16]

142

欧内斯特·范·登·哈格:

我并不认为威慑效应问题是一个头绪繁多"九头怪"问题。所有的理论都认为,如果威慑所带来的不利要远远超过通过被威慑的行为而获得的利益,并且如果这些威慑都是确定的话,那么威慑很可能会遏制犯罪行为。增加威慑可以遏制犯罪,就如同提高价格可以减少购买。当然,我们肯定知道价格上涨或下跌多少会导致买卖活动怎样的变化。什么样的威慑可能遏制什么样的行为,以及遏制到什么程度?我们能通过观察学生、违章停车者或者犯罪人在某种特定情形下的以身试法而获得的经验,我们仅能依凭这些经验来行为。当然,通过这些,我们不能(直接的)推断出何种威慑才足以降低入室盗窃案的犯罪率。但我们能够推断某种威慑将会发挥这种作用。

正是在这点上康拉德教授的论述就显得很奇怪了。他强调(1)"没有经验证据"可以证明死刑比替代之刑例如长期监禁刑具有更强的威慑力。(他的这个观点也是错误的,但让我们暂时信其为真。)但他却没有提及(2)也没有"经验证据"可以证明"长期监禁刑"比短期监禁刑,甚至比不处监禁刑更具威慑力。

那么,为什么他拼命鼓吹"长期监禁刑"呢?答案很简单。康拉德不想完全丧失常识。但他却不喜欢(甚至有点憎恨)死刑。所以,"长期监禁刑"似乎是一个可以接受的替代品,虽然没有证据可以证明其威慑力。

康拉德知道(并且仅在死刑被作为讨论议题时选择了否认)更大的威慑遏制更多的犯罪。他也知道不存在"经验证据",亦即,统计学上的证据,用以证明这项常识性的发现。但他却苛求死刑的威慑力要有"经验证据"证明——尽管他不要求"长期监禁刑"的威慑力要有"经验证

[16] Seilin, p. 178.

据"证明。然而我知道没有统计学上的证据可以证明"长期监禁刑"比短期监禁刑遏制了更多的犯罪。我认为事实就是那样。但我是依据我自己的常识来作出这种判断的,但这种常识是康拉德在论述死刑时所拒斥的东西。 143

现在,对于康拉德教授引述的塞林的统计表的问题:在我看来它们什么都不能说明,编制诸如此类的统计表仅仅只是一种闲暇时的消遣娱乐。在这些统计表中没有证据显示杀人罪犯罪率与死刑执行率紧密相关。为什么会这样呢?存在着很多可能的解释;数据太少以至不足以得出结论。也没有解释可用以说明无序的变动情况,例如,导致密歇根州的杀人罪犯罪率在5年内几乎翻倍的原因——而这发生在刑罚的威慑效用没有任何变化的情况下。

对于加拿大的数据的问题:康拉德教授起初暗示而后否认的观点恰好是正确的:一直比美国的犯罪率低得多的加拿大,不能与美国的情况进行对比研究。康拉德教授指出,在加拿大,无论是否存在死刑执行(该国从1962年起就没有死刑执行例了),杀人罪的犯罪率都没很大的变化。但根据康拉德提供的统计表,从1961年(难道这一年有很多死刑被执行?)到1980年,加拿大的犯罪率增长了一倍还多。当然真实情况并非如此,正如康拉德教授将其作为反对死刑的证据使用而显示的那样。但这可以作为支持死刑的一项证据吗?我不能这么说,因为我们没有获知其他多种影响杀人罪犯罪率的因素,以及这20年间这些因素可能发生的变化(例如,人口中青年男性的人数,都市化的程度和收入不平衡的程度,人口中的种族构成情况)。据我所知,还没有哪个人坚称死刑是决定杀人罪犯罪率的唯一因素。它只是诸多影响因素中的一种。假定加拿大对汽车盗窃犯科处短期监禁刑的情况要比美国多(顺便提一下,这不是事实),在美国尽管对同样情况科处的刑罚期限要更长,但美国的汽车盗窃案的犯罪率要比加拿大高——康拉德能够据此推断较长的刑罚判决是毫无用处的吗?如果他如此推断,那么他就是个笨蛋。因为除了具有威慑力的刑罚之外,还存在着许多其他影响汽车盗窃案犯罪率的因素;这些因素可能会随着时间的变化而变化,并且在加拿大和美国中这

些因素可能有所不同。因此,对杀人罪犯罪率进行比较是不可能的。但是,这些比较需要在统计学上有更多的精确复杂和谨慎小心,这远非塞林或康拉德所展示的大而化之的比较所能及。

我们可以说,康拉德教授对待艾萨克·埃里克先倡性的研究成果的态度是选择性的。他提到了埃里克于 1975 年在《美国经济学评论》(*American Economic Review*)上发表的论文,这篇论文是一篇进行时间上的纵向研究的论文,将暂缓死刑执行的 20 世纪 60 年代以前的 30 年里的杀人罪犯罪率与死刑执行联系了起来。埃里克发现每一次死刑执行挽救了 7－8 条生命。康拉德没有提及(难道是他没有读过吗?)埃里克在《政治经济学期刊》(*Journal of Political Economy*,1977 年)上发表的交互分析的论文,在这篇论文中,埃里克比较了存在死刑执行的州和不存在死刑执行的州之间(在 3 年内)杀人罪的犯罪率,得出的结论是"死刑具有高于和超越实际执行的有期徒刑的显著的威慑效用"。实际上,"尽管这些结论是通过不同的方法程序获得的",但它们"实际上与那些依照时间序列的数据的分析而得出的结论是相同的"。这表明,认为对时间序列数据的分析是反复无常以及仰赖时段选择的看法是错误的。

144

康拉德甚至没有提及对这篇论文的原始结果十分重要的确证过程。还有,康拉德暗示道,埃里克的 1975 年的论文导致了"相当多的研究文献"的产生,这确是事实;康拉德提到,除了一个例外,这些文献都是攻击埃里克的文献,并且这些攻击没有得到埃里克有说服力的回应(事实上,埃里克几乎对每一种有科学依据的攻击都作了回应,甚至还对一些没有可信依据的攻击也作了回应)。因而,康拉德没有提及埃里克对国家科学学会的报告的回应[17](这个回应使我折服,是完全具有说服力的)。也没有引述任何赞同埃里克的文献。

最后,康拉德提到了——无可否认的是有所保留地——一篇由鲍尔斯和皮尔斯所写的傻乎乎的论文,声称发现了"每一次死刑执行会导致

---

〔17〕 See Isaac Ehrlich and Randall Mark, "Fear of Deterrence" *Journal of Legal Studies*, June 1977.

2-3起谋杀案的增加"。这篇论文从来没有被发表过。康拉德没有提到由大卫·P·菲利普斯(David P. Phillips)[18]撰写的发表在《美国社会学期刊》(*American Journal of Sociology*,1980年7月)上的论文,这篇论文指出"存在着统计学上的显著趋势,表明在死刑执行宣布后的一周内,杀人案的数量下降到预期数量以下",并且"在随后的两周内……杀人案的频次下降了35%"。菲利普斯的论文是有价值的。但它与基本的争议观点无关。康拉德也没有提及那些与菲利普斯的论文不同的、没有引起我们郑重注意的论文。很显然,康拉德引述了一篇声称死刑执行增长了谋杀案犯罪率的没有发表的论文,却漠视了一篇持有相反观点的已经正式发表的论文。[19]

约翰·P·康拉德:

不过所料,我好战的辩护对手在我的这章论文中发现了大量他不赞同的观点和材料。他的观点绝大多数依据的是他精明的思索而不是可靠的事实,但确实几乎没有事实可用以支持死刑保留论者的观点和理据。鼓吹死刑的人们必定要依凭将复杂的问题简化到极端的方法才能取胜。 145

拒绝承认威慑问题的复杂性就是这种简化思维的一个例子。因循着如安德内斯(Andenaes)[20]、吉布斯(Gibbs)[21]、齐默林(Zimring)和霍金斯(Hawkins)[22]等学者们思索之路,我观察到了威慑问题的难点,

---

[18] "The Deterrent Effect of Capital Punishment: New Evidence on an Old Controversy," American Journal of Sociology 86, July 1980, pp. 139-148.

[19] For an additional discussion of the Phillips paper, see *American Journal of Sociology* 88, July 1982, op. 161-172.

[20] Johannes Andenaes, *Punishment and Deterrence*, Ann Arbor: University of Michigan Press, 1974.

[21] Jack P. Gibbs, Crime, *Punishment and Deterrence*, New York, Oxford, and Amsterdam: Elsevier, 1975.

[22] Franklin E. Zimring and Gordon J. Hawkins, *Deterrence: The Legal Threat in Crime Control*, Chicago: University of Chicago Press, 1973.

但我潦草糊涂的辩护对手在此却什么也没看到。我注意到某些种类犯罪对于威慑力非常敏感,例如收入所得税犯罪行为。而其他犯罪几乎对于刑罚威慑力没有反应,例如违犯麻醉品管理法的行为,以及那些实施以后会上瘾或者形成习惯的犯罪。相形于政治牛皮家们高调鼓吹的如此众多的明显空洞的恐吓论调,我们知道的国家对犯罪采取的具有威慑效力的应对措施几乎少之又少。不过,如果我容认某种可追溯到贝卡里亚和他的时代[23]的先验逻辑(a priori logic)的存在,那么据此我认为,案发后抓获犯罪人的迅速性和确定性是用以衡量有效威慑效应的不可或缺的基本因素。如果人们都已知道,我们不能在犯罪人实施犯罪之后抓获到他们或者不能尽快抓获到他们,那么,用恐怖的法律后果对犯罪者进行威胁是没有益处的。对于威慑问题,尽我所能坦言以诚,只有在犯罪的后果是可以明确预知的情况下,威慑才能起到有效的遏制犯罪效用。老练的职业杀手能够预测到并有足够理由相信——他被抓获、被起诉、被判决有罪的可能性是极其微小的。如果他按他的这种预测去行为,那么他的行为就与死刑还是无期徒刑的威慑力孰大孰小的比较毫无关系。在其他极端的例子下,遭到妻子被叛后杀害了自己妻子和妻子情夫的丈夫应当知道,如果他真的考虑过他的前途的话,他几乎必定会被抓获、被起诉、被判决有罪,但是对其科处的刑罚的种类可能会是个未知数。在一些州里,一名能干的律师能够使其简单脱身,仅会缴纳一些罚金以及判处几年的缓刑。多数身处这种境况中的人不会考虑他的前途,而会遵从于内心冲动而继续行为下去。

因此,我坚持认为司法实践判决中体现出的威慑实际效用是一个头绪繁多的"九头怪问题"。对违章停车者进行威慑是完全可靠的,但问题是,必需要给法律后果赋予多大程度威慑的才能产生有效的遏制效用?如果这种制裁措施过于严厉将会产生何种后果?在何种程度上我们才能将对违章停车者进行的威慑适用于醉酒驾车者?如果威慑仅仅

〔23〕 Cesare Beccaria, *On Crimes and Punishments*, trans. Henry Paolucci, Indianapolis: Bobbs - Merrill 1963. ,Originally published,1764.

具有最低限度的可靠性,正如在大多数大城市里对入室行窃的行为采取的措施那样,我们需要采取什么样的措施才能增加这些威慑对于普通犯罪的遏制效用?

在此我本可以继续深入下去,但我希望这些言说已足够说服读者认识到,威慑问题不是我的辩护对手所假想的那样一个简单的问题。那么,让我们继续谈论范·登·哈格教授已经发现的、在犯罪学研究中存在巨大隔阂的问题之一。尽管这个问题是显而易见的,尽管对此问题存在着多种解答,我们却没有经验数据去描绘不同年限的徒刑之间不同的威慑效用。难道5年有期徒刑会比6年有期徒刑更具威慑力?难道无期徒刑会比10年有期徒刑更具威慑力?当我不能证明5年或6年有期徒刑也与无期徒刑一样能适用于谋杀犯时,到底为什么我会相信谋杀犯应当被判处无期徒刑呢? 146

我可以反驳说,这种滚动式的论述是没有意义的、投机的、19世纪教条主义的,范·登·哈格教授已经不经意的承认了他不能证明将犯罪人送上绞刑架比将其长期关押在监狱里更有效。当然,他对于埃里克博士提出的关于死刑问题的计量经济学解决方案却是顶礼膜拜;认为这个问题已得到了最终解决!(我一会儿将会回顾埃里克博士的观点)

我真诚的宣称我将无期徒刑这种刑罚与一级谋杀罪对应起来的根据与无期徒刑的威慑效应毫无关系。我已经强调我是一个报应论者。我认为谋杀犯应被科处无期徒刑这种刑罚的根据是他们罪有应得,而不是可用以威慑他人。我认为谋杀罪这种犯罪应当被处于最严厉的刑罚,才能与它造成的损害后果相适应和在道义上相当:这就是长期关押在监狱之中。正是依凭这种行为恶性程度的标准才能使其他所有犯罪行为得到衡量。毫无疑问,只有在一个谋杀犯被关上20或30年以满足报应主义的目标时,功利主义的目的也才能得到实现。他将会被剥夺犯罪能力,他将会受到胁迫而顺从,并且毫无疑问具有选择意志的潜在谋杀犯群体将会在某种程度受到威慑。但法庭判决他应当被长期关押是因为他罪有应得于此。这种判决可能附带的产生了一些威慑效用,但这不是作出这种判决的基本目标。如果范·登·哈格教授哪一天宣布他有数

据证明只要小小的两年徒刑的判决就能起到在法律上威慑和遏制谋杀罪的效益,他将会发现我还是毫不妥协的坚持严厉的刑罚。无论是谁,无论是因为什么而受到遏制,我们都应当将犯一级谋杀罪的犯罪人终身监禁或者判处相当年数的监禁。如果一个谋杀犯将会被假释,也应当至少服刑10年以上才能准予释放。对于一些罪行极其严重的谋杀犯,应当永远不予释放。

关于州际间的比较研究

范·登·哈格博士轻蔑的否认塞林对废除死刑的州和保留死刑的州所进行的比较研究是理所当然的,并且这是典型的死刑保留者的论147 调。此类比较研究对他的理据来说从来不会起到任何作用。他能对这些比较研究作出的唯一的回应是,指责这些比较研究缺乏精确性,这种精确性在一项科学实验中是能够被维持的,但在研究严重犯罪的刑罚中却是永远得不到满足的。巧言令舌的宣称没有精确性就没有学问,并且进一步表明数据数量太少、数据没有可靠地收集起来以反映本来面目、死刑只存在于法条之中几乎不可能是明确的、无论如何都不可能顾全两个不同的州之间的所有变量,这样宣称是无比简单的。

这全是诡辩。如果死刑正如范·登·哈格博士宣称的那样具有威慑的效应,那么每次死刑执行所挽救的大量(500人?)无辜的受害者,如此显著的效应应当反映到数据之中。但实际情况是没有。范·登·哈格博士所提出的解释,没有一项说明了在任何可能本应会由死刑造成波动的数据中,为什么实际上没有波动。无论造成密歇根州时间系列数据中"无序的变动情况"的原因为何,这些变动都不能被认为是缺失死刑造成的。实际上,密歇根州的杀人案经验数据强有力的说明了其他因素确实对杀人罪的犯罪率产生了影响。可能这个因素是发生在底特律城内和周边毒品交通线上越演越烈的暴力活动。可能这个因素与都市下层阶级规模的不断扩大和绝望程度的加深有所关联。无论这个因素是什么,死刑的修复社会效用——自从19世纪中叶以来就从未有效的发

挥过——它不能被视为是一种可能的社会矫正措施，并且当然对谋杀罪犯罪率的上升起不到任何遏制作用。非常值得一提的是，在与密歇根州相邻的印第安纳州和俄亥俄州里，暂停死刑的适用也未对杀人罪的犯罪率带来任何影响，它们的杀人罪的犯罪率在整个20世纪70年代都保持着非常稳定的状态。

关于加拿大的杀人罪威慑问题

我非常高兴的读到范·登·哈格教授没有将死刑假设为唯一影响杀人罪犯罪率的变量因素。这是一个我在这场辩论中始终强调的观点。如果我们如我坚定的辩论对手所倡导的那样保留死刑，肯定会存在一些证据证明这对保护无辜的受害者具有良性的影响。我认为范·登·哈格博士不会真的相信每次死刑执行都可挽救500条生命——毕竟，即使最顽固的艾萨克·埃里克也没有从行刑者的报告中预测到如此巨大的利益回报——但肯定会在统计上存在一些迹象支持他建立在一般威慑基础的死刑观点。1961年到1980年间谋杀罪犯罪率由每10万人0.94人到每10万人1.92人的摆动现象，不能被简单的解释为是因为废止了死刑，因为同时我们还必须考虑如此众多的其他的可以解释杀人罪频次轻微上升的因素。

1972年，法塔(Fattah)发表了一篇关于综合研究加拿大限制死刑的评论，当时已有近10年实际上没有一起死刑执行，但正是处于1976年最终废除死刑的前几年，法塔论断道“近年来在加拿大杀人犯罪的增长不能归因于死刑的暂缓适用……”，[24]他进而列出了10项用以支持此 148

[24] Ezzat Abdel Fattah, *A Study of the Deterrent Effect of Capital Punishment with Special Reference to the Canadian Situation*, Ottawa: Information Canada, 1972, p. 191.

论断的理由。[25] 他关于这个论题的结语是："在关于暴力犯罪的趋势研

[25] 法塔提出的10项用以支持此论断的理由与我们的讨论关联相当大。这些理由参见他的报告的第191－193页。我将在此尽量简短对所有理由进行归纳：

（1）在死刑被暂缓适用的年代期间里，杀人罪的犯罪率比其他任何暴力犯罪的犯罪率的增长都要缓慢，增长量也要小。

（2）在1962年至1970年间，即被研究的年代期间里，谋杀罪的犯罪率没有保持缓慢增长的趋势。

（3）在1962年以后死刑在行政上被暂停适用的年代期间里，没有证据表明杀人罪的犯罪率有所增长。"此外，在加拿大很多省中，在法律上暂缓适用死刑的第一年里的杀人犯罪的犯罪率较之前一年里的犯罪率并无增长。在……Nova Scotia，Ontario，Saskatchewan，和Alberta，在法律上暂缓适用死刑之后，杀人罪犯罪率实际上还有所下降。"

（4）如果废除死刑是一个决定杀人罪犯罪率的独立变量，那么所有省份里的杀人犯罪将会以同样的增长率增长。但事实并非如此。在作为研究期间的8年里，大不列颠哥伦比亚省的增长率是5.1%，而Alberta是82.4%。

（5）如果死刑被暂缓适用导致了杀人犯罪的增长，那么这种增长情况在人口最多和工业化程度最高的省份——即安大略省里应当表现的最为明显。但在整体研究期间里该省的杀人罪犯罪率没有变化。

（6）"有理由相信杀人犯罪与自杀是互补的两种现象，它们受到相同因素的影响。这可用于解释在任何国家里为何杀人犯罪与自杀之间的比率会随着时间的经过而基本上一直保持不变。如果死刑被暂缓适用导致了杀人犯罪的增长，废除死刑往往会扰乱这种平衡……，因为这要求杀人犯罪的增长量可能会比自杀的增长量要多。实际上，在过去的年份里自杀保持着比杀人罪要高的增长率。"

（7）如果杀人罪的增长是由死刑暂缓适用导致的，那么保留死刑的那类谋杀罪不应增长。实际上，谋杀警官案件数量最多的年份，是死刑仍然有效的年份，并且在这一年（1962年）内有两名谋杀犯被执行死刑。死刑的存在并没有阻止那年内的11名警官遭到杀害。"自从1968年在法律上暂停适用死刑以来，谋杀警官的犯罪一直在增加，尽管对这类杀人罪保留了死刑。"

（8）"我们的数据显示，在用行政方法暂停死刑适用的年代期间里，一名谋杀犯被判死刑的可能性小于1/10。而当死刑从法律上被暂停适用……，紧接着情况并没有发生激烈的变化。如果当死刑从法律上被暂停适用之后，紧接着杀人罪就有所增长，那么应当从其他方面去寻找导致增长的原因。"

（9）"我们的数据清楚的显示，在加拿大各省之间，杀人犯罪的犯罪率有着本质的区别。这个事实单独就可表明……杀人罪犯罪率是由超越刑法控制的因素决定的，因此至少并不受到法律上死刑执行的频次的影响。"

（10）杀人犯罪不是一个孤立的现象而是整体暴力犯罪的一个组成部分。暴力犯罪率较高的省份里的杀人犯罪率较高，而暴力犯罪率较低的省份里的杀人犯罪率也较低。因此，影响杀人罪的犯罪率的因素与影响暴力犯罪的犯罪率的因素是相同的。刑罚的变化可能对杀人罪的犯罪率造成的影响微乎其微——甚至几乎没有影响。

究中没有任何迹象支持甚至暗示这样的观点，即认为死刑的暂缓适用导致了杀人罪犯罪率的增长。虽然数据显示近年来该犯罪率有轻微的上升，但它同时也标示了[原文如此]这种增长现象不能归因于任何单独的原因……我们能够确定地声称死刑的暂缓适用不太可能对此增长有所影响。”[26]

法塔比较了加拿大1881年到1960年间谋杀罪的指控数量和死刑的判决数量。因谋杀罪指控而被判处死刑的比率由在35.9%和7.9%之间变动，最高的35.9%出现在1931年到1935年这5年间，最低的7.9%出现在1956年到1960年这5年间。在1951年到1960年这10年间，有398人被指控犯有谋杀罪，结果有56人被判处死刑。在加拿大的死刑史中的任何时段里都没有出现被判处死刑的数量接近被指控谋杀罪的数量的一半的情形。法塔评论道：“在整个时间段内，特别是在死刑暂缓适用法律生效前的10年间，实际被判死刑可能性的微小，这再一次否定了死刑可能具有的威慑效应，同时表明任何此类的威慑效应都已被可能被执行死刑的机率所抵消。”[27]

如果范·登·哈格教授乐意的话，可能会说，只有被判处的死刑越多，威慑才会越可靠。但是80年的数据显示，多种影响因素限制了加拿大法庭判决死刑的频次。假设可将限制法庭判决死刑次数的考虑因素撇开不论是不切实际的。认为存在着“妨碍(sabotage，蓄意破坏)”死刑判决的司法阴谋更加不切实际。正如死刑不是说明杀人罪犯罪率时应当考虑的唯一变量因素一样，对社会进行威慑的需求，也不是司法审判中所有犯罪判决和所有刑罚判决所要考虑的首要因素——特别是当判决的刑罚是死刑时。

---

[26] Fattah, p. 193.
[27] Fattah, p. 180.

埃里克博士正在凋零的魅力

埃里克博士从来就没有失去过自信，即使几乎没有其他人支持他这149么多年以来一直坚持的有关此课题的认为绝对无误的观点。我不是一名经济学家。我对于使用计量经济学方法来解决非经济学问题的做法抱持着猜疑和怀疑态度。经济学家们在他们的理解和促进经济学发展的研究范围内使用的经济学方法，虽然有着是更优越的方法和见解的好名声，但从来没有象这种好名声那样成为统领其他社会科学研究的深刻方法。当经济学家们将这种为解释市场状况而设计的方法运用到犯罪学研究中来时，我想知道的是，他们用于说明这种分析方法对于分析犯罪数据来说具有合理性的先设假定为何。

潜在的先设假定是，能根据供给—需求原理来理解谋杀罪的犯罪率。这种想法是荒谬的。它假设当谋杀罪的价格上涨时（在法律规定的刑罚中进行报价），谋杀的需求（用杀人罪的犯罪率来量度）就会下降。当鞋子的价格上涨一倍时，在通常情况下我和范·登·哈格博士都不愿买鞋子，尽管此时一名鞋子迷恋狂可能需要强迫自己忽视这种价格上涨的市场行为，他还是会买鞋子。由是，将谋杀罪的刑罚严厉性增加一倍，将会使我们了解到潜在谋杀犯中的哪些人将会放弃杀人行为。

鲍尔达斯（Baldus）和科尔（Cole）在他们对埃里克奇特的学说作出的一篇评论中写出一句极可能是定论的话言："没有理由相信经济学或其他任何学科根据从衰退分析中获得的结果，已经可信地确定了谋杀罪犯罪率的决定性因素"。[28] 这是完全正确的。

我除了发现了杰出那些对埃里克的方法进行了研究并发现了它的欠缺之处的学术权威的观点以外，我还发现了一个对所有运用于死刑数

---

[28] David C. Baldus and James W. L. Cole, "A Comparison of the Work of Thorsten Sellin and Isaac Ehrlich on the Deterrent Effect of Capital Punishment," *Yale Law Journal* 85 (1975), pp. 170 – 186.

据分析的不同的统计学方法都具推倒性的批判。阿诺德·巴尼特(Arnold Barnett)在一篇研究死刑威慑效应的文章中,分析了帕塞尔(Passell)和福斯特(Forst)的论文,以及埃里克撰写的大量论文,认为"埃里克式的分析模型,如帕塞尔的和福斯特的分析模型,延续了一种体系性错误,这个错误是他们的模型得出的威慑效应的量值要比实际可归因于死刑的威慑效应要大。"[29]

我承认,我将埃里克对杀人罪数据的分析视为一种沉闷的花招,抱持这种不恭维的观点,是因为我在直觉上不愿承认他将谋杀罪的处罚和实施谋杀罪行为视为一种供求关系的基本假定。我已倍受瓦西里·列昂节夫(Wassily Leontief)的权威观点的鼓舞,他是一位诺贝尔奖得主,美国经济学学会(American Economic Association)的前任会长,他本人就是一位非常权威的计量经济学家。在最近写给《科学》杂志的信中,列昂节夫写道:

> 作为一门经验科学,经济学应当以常识经验现象为研究起点。生产和消费商品、买卖活动、获取收入和消费它们,这些活动始终是能特别引起人们的关注。即使分析者自己不必运用科学的量化原理来分析这些问题——测量它们和给它们赋值定价的活动也会自然而然的成为这些将被解释的现象的组成部分。毕竟,这就是理论经济学当前研究工作的最初资料来源。 150
>
> 当日常经验事实已被用尽之时,经济学家就需求助于使用零碎的更难以理解却更加专业的知识的来分析官方统计表。但是,这些统计表——是为了方便行政、商业而非科研的目的而编制的——缺乏必要的具体性、对整体结构的更详尽的理解、以及现代经济学体系的功能。
>
> 由于经济学家们并没有遵守苛刻的系统实况调查的规则将其作为研究起点,并且在传统上也没有受到自然科学和历史科学的研

[29] Arnold Barnett, "The Deterrent Effect of Capital Punishment: A Test of Some Recent Studies," *Operations Research* 29, March/April 1981, pp. 346 – 370.

究者们的影响和承认,因而经济学家们几乎不可避免的偏好于演绎推理……[30]

在列昂节夫写这封信时当然没有想到埃里克教授,但是他对经济分析方法的责难却适用于埃里克教授。象其他任何在美国研究犯罪问题的学者一样,埃里克不得不依赖联邦调查局编制的《统一犯罪报告》(*Uniform Crime Reports*)。这些数据不是为了达到社会科学家研究的精确性需要这种首要目的而编制的。如果我们对这些数据有所选择,我们欢迎使用它们,但是,我们经常会对它们的结构组织、他们系统稽核性的欠缺、明显的错误表示不满,有时要求联邦调查局将来源于诸如纽约市警察局这样的大型报告机构的数据排除在统计之外,并且,最令人气愤的是,没有对犯罪种类进行区分。平心而论,联邦调查局已对收集数据和制作表格的方法进行了多处修正,但是,在埃里克博士对这些数据进行研究的较早的年代里,这些数据的不可靠性和不完整性早就声名狼藉。甚至直到现在,被系统的记录下来的逮捕的数目要远远多于被判有罪和已被判处刑罚的犯罪人的数目。数据未对不同级别的杀人罪予以区分;我们无法区分最恶劣的杀人罪和较低级别的杀人罪。对存在如此众多缺陷的数据使用象衰退分析这样的需要如此精细调谐的分析手段进行分析,简直是在浪费时间和统计资源。令人称奇的是,埃里克博士的方法和观点居然吸引了比他懂的更多的经济学家们和统计学家们那么多的关注。

他令死刑保留论者们歇斯底里的神魂颠倒,这一点也不令人感到意外。当他永远地凋零之时,谁将可以取而代之?

菲利普斯观点的无意义

我目光敏锐的辩论对手抬出了社会学家大卫·菲利普斯(David Phillips)教授撰写的一篇古怪的文章,并质疑我没何没有讨论这篇文章。在范·登·哈格博士看来,这与我们辩论的基本问题无关,即使对他而

151

[30] Wassily Leontief, "Academic Economics," *Science* 217, 9 July 1982, pp. 104 – 107.

言这篇文章似乎论述的是行刑者的威慑力量的有关问题。[31] 范·登·哈格博士没有向我们说明为何他认为这篇文章与我们辩论的基本问题无关,但我能镇定的正视这篇论文的暗含的观点。

菲利普斯的发现确切的说来是含糊其辞的:他认为他揭示这样一个现象,相比于死刑执行被宣布前的3周的情况,在死刑执行被宣布后的3周里,谋杀案的数目有明显的下降。然而,这种绝对数量的下降却对于一段时间内的谋杀罪犯罪率没有造成影响。汉斯·蔡塞尔(Hans Zeisel)在他撰写的一篇评论菲利普斯论文的文章中论述道,死刑执行和谋杀案的频次之间的关系几乎不能以"威慑"这个术语来描述——较为恰当的词语应当是"被延迟"。[32]

我想知道的是,菲利普斯凭哪一点会对我方的观点带来麻烦。他的研究建立在对22起死刑案的分析基础上,这些案件发生在1857年到1921年间的英国,都是些被确信为恶名昭彰的案件,连《伦敦时报》(London Times)也进行了报道。他将《时报》分配给每起死刑报道栏目的长度(the column inches)累加起来,然后将在他称为"经验的(experimental)"和"控制的(control)"期间中发生的谋杀案累加起来。在从事这样一项又脏又累的苦差(这项工作是如何又脏又累只有那些埋身于旧报纸堆里的人们才能体会)中表现出的积极肯干性说明了菲利普斯坚定不移的意志,虽然这不能说明他认识论上的判断正确性。我对范·登·哈格博士提出菲利普斯的这项研究时是如此缺乏自信一点都不感到惊讶。究竟他为什么要提出这个问题?

欧内斯特·范·登·哈格: 153

康拉德强调"威慑问题的困难和差别",而我对此并不以为然。他

---

〔31〕 David P. Phillips, "The Deterrent Effect of Capital Punishment: New Evidence on an Old Controversy," American Journal of Sociology 86, July 1980, pp. 139 – 148.

〔32〕 Hans Zeisel, "A Comment on 'The Deterrent Effect of Capital Punishment' by Phillips," *American Journal of Sociology* 88 pp. 167 – 169; David P. Phillips, "Reply to Zeisel,", July 1982, pp. 170 – 172.

所强调的困难与我们现在讨论的话题无关,或者完全是一种误解,因此我对此问题不予考虑。应当知道的是:康拉德教授认为违犯麻醉品管理法的犯罪对于刑罚威慑力"完全没有反应",这是错误的。虽然这个问题与死刑没有关系,但还是应当将其经常提出以使之得到澄清。

只有当多数受到犯罪诱惑的潜在犯罪人肯定的知晓威慑犯罪的刑罚的严厉性和确定性足以使他们的犯罪行为得不偿失时,威慑才能发挥遏制犯罪的作用。当毒品交易所得的收益高得使实施犯罪似乎物有所值,而不论这些犯罪可能会被科处何种刑罚时,没有任何刑罚能够遏制毒品贩子实施毒品犯罪。如果有人将100万美金放在纽约时代广场的中央,并宣称任何想拿走这些钱的人将会被判死刑,如果有50%的可能性不会被抓获,可能会有想当多的人以身试法,这不是因为犯罪对威慑效用"毫无反应",而是因为在那些将100万美金视为一大笔钱的人们的心目中,提供的奖赏(这100万美金)已使得冒生命危险相形之下显得微不足道。实际上,抓获毒品贩子的可能性远远小于50%。那么,如果我们用5年有期徒刑威慑毒品吸食者(消费者),并且我们用执行不定期刑的方式进行威慑,那么除了那些严重成瘾的瘾君子外可能没人将会吸毒了。初尝毒品者将会被遏制。依赖初尝毒品者人群的毒品交易市场将会萎缩。几乎没人会因出于好奇而仅吸食了一次毒品后就会变成新的瘾君子——如果吸食毒品被判5年徒刑的可能性较高的话(当前对此没有规定刑罚)。正常的人们,瘾君子除外,将会受到遏制,因为不会出现新的瘾君子,吸毒的问题将会得到解决。这与毒品贩卖将会如何被惩罚的问题几乎无关——他们的生意将不会再有利可图了。

威慑理论一点错误都没有,但是人们应当知道如何运用这种理论——这正如地心吸力理论一点错误都没有一样:知道如何运用它的人们会认识到飞机的飞行与它并不矛盾。

154

康拉德教授认为,没有足够的犯罪抓获率和定罪率支持,空洞的威慑不会产生遏制作用,我赞同这种观点。我在想,他为何要将我认为不复杂的威慑问题视为一个头绪复杂的"九头怪问题"。只有当威慑可靠时才能发挥遏制作用(我认为这并不"复杂")。我真的不知道有哪位犯

罪学著述的作者忽视了威慑的可靠性问题。这个问题也是“埃里克博士提出的有关死刑问题的计量经济学解决方案”的一个重要组成部分。他当然没有忽视这个问题，尽管他对其他犯罪学家从记载死刑的刑法条文而不是从实际判处的死刑中推导结论从而湮灭了该问题的做法提出了批判。

康拉德教授最后重申了法塔从加拿大数据分析中得出的结论，但正如我指出的一样，这些数据并没有支持该结论。这就是我同样摒弃加拿大数据和法塔的结论的原因。

康拉德教授告诉我们他对于“使用计量经济学方法来解决非经济学问题[33]的做法抱持着猜疑和怀疑态度”。这纯属心理学家们关心的一个自传性的事实。他在这里没有清楚的说明到底什么是“计量经济学的解决方法”，或者这种方法为什么不正确。特别是，康拉德教授简单的臆断了他想要证明的观点：如果谋杀的代价上涨，谋杀的需求也不会减少。引述与康拉德教授持相同的观点并且同样没有证据证明该观点的其他学者（例如鲍尔达斯和科尔）的论述作为论据是没有根据的。埃里克确定通过统计数据的方法表明了，当犯罪的代价上涨时犯罪的需求会减少。康拉德教授不喜欢经济学并且觉得经济学不应侵犯他视为自己地盘的犯罪学领域，这种观感并不能使统计数据变得错误。

为什么康拉德教授要引用列昂节夫的观点来闪避我的批判。列昂节夫的观点似乎不仅与埃里克和死刑无关，这正如康拉德承认的一样，而且与我能想到的任何事情无关。

约翰·P·康拉德：

我武断的辩论对手在提出他本章的结辩陈词之中在身后遗留了一些零碎的论点。为了对此作出更完美的澄清，否则这将煎熬读者们的耐心，我将再一次尽力将本阶段辩论中出现的偏离话题的辩护线索扯直归

---

〔33〕 既然经济学仅仅只是一种分析方法，或多或少的可以广泛适用于任何事情的分析，那么什么是“非经济学问题”？

位。

155 对于威慑问题的复杂性这个问题。我之所以强调威慑问题的复杂性,是因为范·登·哈格博士坚持认为,根据在对大二学生所做的实验中发现的威慑效应来推断对潜在的和真正的谋杀犯的威慑效应。如果他在他讨论威慑问题时只将范围限制在对谋杀罪的威慑问题上,我可能会承认我们正在讨论的是一个更为简单的问题,当然这个问题也免不了具有复杂性。

我指出实施犯罪能使行为人上瘾并形成习惯。我深深的怀疑诸如这样的犯罪是否能因刑罚的加重或甚至被抓获风险的增加而受到遏制。这些犯罪不像一些人所想象的那样常常是极端剧烈的,而只是小打小闹似的带有抢劫倾向的人身攻击,这些行为中的一些是致命的,当然也是为某种特定目的而实施的。问题是,如果断言刑罚可以威慑诸如此类的犯罪行为,这显然是荒谬的,这就是九头怪的一个头。

这也是我想要论证诸如此类的犯罪不受威慑效应影响的原因。对于我的辩论对手大体上在吸毒成瘾问题上的离题,如果他真有拥有魔法能够抓获所有的吸毒成瘾的人并将他们全部关上5年,我也会赞同,毒贩的生意和供给将会一落千丈。而当法庭和立法者认为不仅吸毒成瘾,而且只是单单持有毒品的行为,只是道德哲学管辖的问题而不应被作为犯罪论处时,我苛酷的辩论对手提出的解决毒品问题的方案就会是不可行的。即使有那么一部作出如此极端规定的法律被颁布实施,范·登·哈格教授也将会很难确信所有的吸毒者都会被逮捕、起诉、判处入狱五年或者五年的大部分。这是九头怪的另一个头。我的辩论对手在提出他的简单解决方案时,为他自己设定了一项困难程度远远超出大力神赫拉克勒斯所能及的艰辛任务,这项任务甚至比斩杀九头怪蛇海卓亚(Hercules)还要困难。我们可以从程序上谅解他。毒品问题是一个很重要的问题,但它的确与我们讨论的话题无关。

对于加拿大数据的问题。我专断的辩论对手对法塔教授所作的加拿大80年内的死刑统计表分析置之不理。他早先拒绝这些数据时表明了它们不能支持法塔的十项结论,他对此比较满意。但范·登·哈格博

士是否能够发现法塔的十项结论是不能用经验主义的方法进行驳斥的呢？对我来说法塔教授的观点是一个论据完全充分的观点，而他予以贸然否认，这就是我能想象出的他对这种贸然否认行为的唯一解释。

对于计量经济学的解决方案的问题。据我所知，是范·登·哈格博士首先暗示经济学是具有普适性的社会科学的，并且认为经济学的分析方法是"放之四海而皆准的"。保守经济学家正处于艰难的时刻，这份令人鼓舞的声言将会受到普遍欢迎。 156

但是，我认为，认定经济学家运用他的经济学方法对谋杀问题进行分析是合理的，这个假定值得讨论。正如鲍尔达斯和科尔认为的那样，这种假定的成立依赖于决定谋杀罪犯罪率的因素具有确定性，除了艾萨克·埃里克和他的助手以外没人能够声明这种确定性。贯穿于埃里克博士关于该课题的丰富的研究成果中的，是这样一个暗示：谋杀罪犯罪率随着法律供求的变化而变化。正如列昂节夫教授在他对经济学家依赖演绎推理的情况进行的尖锐而简单的批判中所指出的那样，真实的世界不像经济学家从他们的模型中得出的结论那么简单。我不知道经济学家应如何完成埃里克博士为自己设定的任务，但我建议，如果他能研究警察机关收集的记录谋杀案的登记簿，从关注杀人罪数据的分类问题着手，这对他来说是非常有用的。在禁止死刑适用的底特律，以及允许适用死刑的芝加哥和克利夫兰，通过精确的犯罪分类发现的决定谋杀罪犯罪率的一个重要变量——可能为研究威慑问题及其效用提供信息。除了求助于电脑以外，我们需要付出更加艰辛的劳动，以找出所有可疑的数据，埃里克博士曾经心满意足的依赖这些数据得出了他的结论。[34]

---

〔34〕 One of the first doubters of the Ehrlich oeuvre was Gordon Tullock, "Does Punishment Deter Crime?" *The Public Interest* 36, Summer 1974, p. 108. Tullock 是一位热情的功利主义者，对 Ehrlich 所依靠的"用于此项研究的不是人们所期望看到的那些数据……"提出了恰当的质疑。我认为 Ehrlich 博士没有发现获取更加令人满意的数据的途径。

▼
▼
▼
第七章

死刑的宪法问题

157 **欧内斯特·范·登·哈格:**

死刑既是一个法律问题也是一个道德问题。因此,一些美国律师尽力说服联邦最高法院宣布死刑是违反宪法的,他们的主要依据是宪法第8修正案,该修正案禁止“残酷和异常的刑罚”,或者依据第14修正案,该修正案要求对所有美国居民“在法律上平等保护”。让我们下面来讨论与死刑有关的宪法问题。

禁止“残酷和异常的刑罚”的宪法第8修正案是1791年颁布生效的。然而,同年颁布生效的还有第5修正案,该修正案规定“没有经由法律上的正当程序”,对任何人都不能“剥夺生命、自由或财产”。第5修正案暗示了,在“经由法律上的正当程序”的情况下,可以剥夺人们的“生命、自由或财产”——也就是说,死刑是一种合法的刑罚。既然禁止“残酷和异常的刑罚”的第8修正案与第5修正案是同时生效的,显然第8修正案没有欲图否定死刑,而在那时死刑也被频繁地适用。

如果第8修正案的制定者们本来就没有将死刑视为“残酷和异常的刑罚”的话,我们是否也可以这样看待死刑吗?如果我们认为死刑是158 “残酷和异常的刑罚”的话,那么,我们现在认为是“残酷和异常”的情形,是否可以作为判定规定死刑的法律是否合宪的标准呢——还是,我们应当受到宪法的制定者们所理解的“残酷和异常”的本来意思的指引

呢？如果我们依循宪法的制定者们的原意，那么宪法将一直约束我们直至其被修正，死刑也将是合宪的。[1] 如果我们任凭自己的随心所欲而不依循宪法的制定者们的原意，那么宪法的存在又有何用呢？当我们仅想被我们自己制定的规定所束缚时，为什么还要假装遵守过去制定的规则？拥有一部宪法就意味着希望人们遵守过去制定的规则。否则的话，我们就能将所有的事情留给我们现在制定的规则来处理。

尽管如此，提出这样的问题仍然是非常有意思的：现在我们认为死刑残酷吗？当然，康拉德教授是这样认为的。但是大多数美国人不这么认为。根据民意测验，接近 70% 的人们赞同死刑。当联邦最高法院否定了规定了死刑的州法律的某些方面时，全国所有州中 2/3 还多的州又重新制定了规定死刑的法律，并弥补了其中涉及的推定的宪法上的漏洞。所有这些并不表明死刑是件好事。但它表明了大多数美国人和他们的州议会议员现在都赞成死刑。[2] 实际上，如果某州中的大多数人不希望有死刑，他们可以废除它（在过去经常出现这种情况）。那么为何要将死刑作为一个联邦的和宪法的问题呢？实际上，到底为何要将保留或废除死刑作为一个司法问题呢？

如果残酷的标准真的发生了变化，由此当第 5 修正案和第 8 修正案通过时不被认为是“残酷和异常的”情形现在就会被认为是“残酷和异常的”，那么，死刑会变得违反宪法吗？首先必须被问及的一个问题是：是由谁来认定“残酷和异常的”？是人民吗？如果真是这样的话，为何不让他们投票决定？是联邦最高法院的法官吗？他们不是由选举产生的。他们的任务当然不是解释公众的情感或感觉。他们不拉选票并且也不打算受到公众情感左右。他们只是意图独立的解释法律。法官也

---

〔1〕 当然，我们完全能够废除死刑。虽然我们不能制定违反宪法的法律，但我们没有必要宪法所允许的所有法律制定出来。立法机构能够废除死刑或者保留死刑。只要法院想不违反宪法，他就必须尊重立法机构的任何决定。

〔2〕 P. C. Ellsworth, and L. Ross, “Public Opinion and Capital Punishment: A Close Examination of the Views of Abolitionists and Retentionists”, Unpublished manuscript, 1980. 作者写道，有 2/3 强的接受问卷者支持死刑——即使已经证明死刑与终身监禁刑的威慑效用一样大。1981 年 3 月的盖洛普民意调查显然，66% 的人赞成对被判谋杀罪的人适用死刑。

没有将他们自己的道德理论制定为法律的意愿。发现或揭示新的道德标准不是联邦最高法院的任务。他们的任务是解释包括宪法在内的法律。如果选民想要接受新的道德标准,例如,如果他们现在认为死刑是错误的,那么他们可以投票选举出赞同废除死刑的议员。法院不是立法机关。我们的宪法区分了制定(或废除)法律的行为和解释法律的行为,前者是通过政治程序进行的,后者是通过司法程序进行的。法官被设定为解释法律。而立法者被设定为制定法律。

159

固然,有时候将一项司法解释令和一部新的法律区分开来是很困难的,但在其他时候区分它们是较为容易的。就死刑问题而言,当然属于较为容易进行区分的情形。法官们的一致意见(无论如何现在还不存在这样的一致意见)和他们和道德发现都不能成为废除死刑的根据,宪法已明确规定,只要遵循正当程序,死刑就能被适用。这就是在涉及死刑问题时法院只能将裁断集中于其法律程序是否正当上的原因。[3] 废除死刑需要通过政治程序来修订法律。那些坚持要从司法上废除死刑的人实际上是想让联邦最高法院越俎代刨立法者的工作,去夺取他们的立法职权。正是死刑反对者这种希望借助司法程序而不是政治程序来废除死刑的事实,十分清楚地显示了他们反对死刑的观点没有得到公众的支持。

法官不喜欢死刑的情况比普通民众要更为常见。他们受过大学教育。通常他们的教授会教导他们死刑是残酷和过时的:民意调查显示,大多数受过大学教育的人确实反对死刑,而多数选民却并不反对死刑。造成这种差别的原因有二:其一,包括法官在内的受过大学教育的人,通常不会步入那种包括谋杀犯罪在内的暴力犯罪成为一种日常威胁的环境。由于没有感触到谋杀罪的威胁,他们有能力容忍对谋杀罪的宽仁处置。他们可能会从哲学上论证这点。而受教育较少和较贫穷的人们受到了暴力犯罪的威胁,他们意识到不能容忍这些犯罪。其二,无论大学教育有何好处,它都有一个坏处。学生们往往会迷恋于他们大学生活中

---

〔3〕 See *Furman v. Georgia* (1972),408 U.S. 238.

的时髦学术观点并成为它们的牺牲品。而未受教育的人们更多的吸纳传统和他们的自身经历。死刑是个传统的东西。而将犯罪人视为病态社会的牺牲品的观点在知识分子中盛极一时。在过去的50年里,知识分子圈内的时髦观点是将犯罪人视为社会的牺牲品,是应当被矫治和复归社会的病人。而被执行死刑的人是不能再复归社会的。

正是因为小威廉·F·巴克利(Jr. William F. Buckley)对时髦学术观点所持的深刻的合理怀疑,使得他在不久前宣称,他宁可相信电话抽样调查单上所列的前1 000个民众——对所有相关人员所作的一个随机抽选——的观点,也不愿相信哈佛大学学者们的观点。历史经验显示,他的观点是很有道理的。 160

知识分子是我国社会的重要组成部分,对此我没有否认,我想要提出的观点是,受到最好的教育并不意味着能得出最佳的论断。教育并不必然产生判断力或可靠性。[4] 我们生活在民主之下。这意味着知识分子,或者其他任何少数精英团体,都不能也不应将他们的观点强加给多数民众。他们能够尽力去说服多数民众,但他们不应尝试通过司法法令将他们的观点强加给多数民众。在此多数民众并没有表现出废除死刑的意愿。在我看来,绕过这个事实而意图通过司法手段废除死刑的举动就是不民主的。但是,这种意图至今还未得逞。联邦最高法院的法官们并未通过宣布死刑违宪而废除它。宪法的明文规定再明了不过了。尽管如此,联邦最高法院法官们实际上还是通过阻碍死刑的行为,纵容了那些意图废除死刑的人们。

如果选民们废除了禁酒令,而在废除禁酒令之后的10年间,有关机构每年只在美国全国许可3家酒类商店卖酒,那么人们能够断言说许可卖酒的机构正在破坏禁酒令吗?1972年判决的弗曼诉乔治亚州案(*Furman v. Georgia*),消除了人们关于死刑是否合宪的疑虑——这些疑虑是由死刑废除主义者们近乎轻浮的提出的(死刑从来没有被禁止过,正如

---

〔4〕 *Corruptio optimi pessima*,正如Seneca对其所作的解释一样:“最好的人的堕落是最坏的情况”。

在禁酒令生效期间买卖酒精的行为没有被禁止过一样。对弗曼案的质疑仅仅只是导致了死刑暂缓执行)。在该案发生10年以后亦即去年,又有3起死刑被执行。其中2名被执行的罪犯坚持对他们自己执行死刑。他们已厌烦了法官和律师们进行的阻止死刑执行的活动。尽管在行刑之前的最后时刻还能够尝试去否定政府在一些控诉案件中拥有执行法院有罪判决的权利,还能够尝试去否定罪犯拥有拒绝进一步上诉的权利,而阻止死刑的执行,但死刑最终还是被执行了。有近1 000名死刑犯在等待死刑执行,而1年之内才执行了3起死刑——这就是在弗曼案再次确认了死刑合宪之后10年以来的死刑状况。阻碍死刑执行的事实似乎是无可辩驳的。

161 联邦最高法院规定死刑的适用不能是绝对的(即刑法规定了死刑,并非实际案件中就一定要适用死刑)。在法律允许死刑的情况下,每起死刑案件都必须由法院依照刑罚裁量权科处。法院也已经发现宪法对庭审法院的死刑裁量权有所限制。法院必须考虑每起死刑案件中的减轻处罚和加重处罚因素,这些因素必须是由允许适用死刑的法律规定的。[5] 但是,是死刑判决之后的程序构成了阻碍了死刑。

一旦庭审法院科处了死刑,被告人能够上诉,通常也会进行上诉。美国民权协会(The American Civil Liberties Union),这个认为死刑是违犯民权的组织,已做了如此大量的工作去极力否定被判死刑的人们拥有不上诉的权利。美国民权协会认为不赞同他们观点的人都是疯子。如果最终州最高法院维持了死刑判决,被告人能够宣称在判决被科处的程序中存在着某些违反宪法规定的情况,而通过向联邦法院上诉而再次开始全新的诉讼。我还不知道有哪起死刑案件在没有走完向联邦最高法院上诉的所有程序的情况下被联邦法院驳回,联邦最高法院很少否决听审要求。这个程序会耗时多年。如果被告人能够成功证明案件的任何间接情状——例如,通过宣称某项证据不应被庭审法院确认,或有一个陪

---

〔5〕 在很多州,在定罪裁判之后,还要进行特别的刑罚听审以决定是判处死刑还是判处较轻刑罚。

审员没有正确就座，或辩方律师无能，诸如此类的各种各样的情况——案件就能整个的获得州法院的重审，如果被告人被重新判处死刑，这些上诉程序也能被再一次重新调用。

当前我们每年总计判决20 000起谋杀案。同时我们有少于1 000名罪犯在等待死刑执行，这意味着被控谋杀的罪犯中仅有极小比例被判处死刑。在过去 10 年内，我们每年被执行死刑的人数是 0 – 3 人。这意味着死囚区中的多数罪犯很可能会老死。法院在阻碍死刑判决被实际执行上取得了成功，否认这个事实是困难的，法院也由此也形成了一个惯例。如果只有在存在阻碍意图的情况下才能使阻碍行为得到体现，我相信这种阻碍行为不能被体现出来。如果可以通过考察可被检验的司法程序的结果而使阻碍行为得到体现，那么，阻碍死刑的行为正在发生，这似乎无庸置疑，因为这可以通过死刑执行极其稀少这个事实体现出来。

在肯定性诉讼案件（affirmative action cases）中，法院通常会通过确定实际被雇用（或未被雇用）的少数民族雇员的人数来确证是否存在种族歧视，而不论这是雇主故意造成的还是雇用程序导致的。我认为，完全可以运用这类证据的原理，来证明法院正在阻碍规定死刑的法律的实施。　162

约翰 · P · 康拉德：

在我们进行辩论的这个阶段，读者们将被请来观摩两名非律师的人士在法学中最变幻莫测的领域中进行的冒险。无论我们观点的可信之处在于何处，我们二人都不会被律师界所接纳。为了给我们大胆的行为寻找正当理由，我们可能会重述乔治斯 · 克莱门梭（Georges Clemenceau）的格言，声言宪法是如此严肃的一个问题，仅仅将其留给法官和律师来解决是远远不够的。

仅依据一句格言不足以解决这个问题；对此还存在更好的理由。美国宪法是所有法律的基础，但它也是 18 世纪的思想和经验的产物。不仅如此，而且，在过去的两个世纪中我们已经对其进行了很多必要的修订。亚历山大 · 汉密尔顿（Alexander Hamilton）、詹姆斯 · 麦迪逊（James

Madison),和其他宪法制定者对铁路、飞机,或国家社会保障体系的复杂性一无所知。更有甚者,他们对多民族、工业化的大都市里如纽约或芝加哥里的生活状况没有丝毫概念。在当时,现代城市中的警察机关还没有被建立起来;还不存在囚犯;犯罪还没有被认为是国家面临的一个主要问题。

宪法曾经是、现在仍然是界定和保障美国公民自由权利的非凡手段。必须精心制订修正案以贯彻推定出来的制定者的意图,并且尽量不要对那些杰出的制定者的智识作出哪怕是最小的改动。要求制定法律和判决案件与那些18世纪的律师的经验保持一致,就是要求我们保持与那些制定者相同的智识水平。这样的智识必须被注入历史知识;宪法律师必须考虑到自从我们的政府体系开始建立至今两个世纪以来价值、思想和人类生活状况的变化。

不像从事一般诉讼事务的律师那样,从事更尊贵的宪法诉讼事务的律师必须与那些不可能被精确解释的语言进行斗争。优秀的法令制定术要求对法律重要术语使用明确的定义,这些定义会被严格的写入制定好的法律的序言之中。甚至在刑法中,诸如谋杀、强奸、盗窃此类的术语是可以追溯到古代的实体概念,有关它们的定义对于制定法典来说是相当重要的。

163 而宪法则呈现出了非常不同的情形。宪法制定者和他们的起草权利法案的同事没有为我们提供一份术语表。他们将定义和重新定义术语的工作交给了法院。也许这就是休斯首席大法官(Chief Justice Hughes)在道格拉斯大法官(Justice Douglas)加入联邦最高法院时要对他谈话的原因之一:“道格拉斯大法官,你必须记住一件事。在我们从事的宪法层面上,90%的裁判都是依凭情感作出的。我们的理智仅为支持我们的偏好提供了理由。”[6]

英美法系的律师将他们的职业建立在语言的含糊性基础之上。这

〔6〕 William O. Douglas, *The Court Years*. 1937 - 1975, New York: Random House, 1980, p. 8.

种语言的含糊性正如在我们宪法中发现的那些含糊性一样无处不在令人棘手。在解释诸如携带武器权、正当的法律程序、以及本节辩论要面临的最重要术语即残酷和异常的刑罚这样的术语时，人们不可避免的会受到源于教育和经验的情感的影响。一名优秀的律师通常会构建一条推论的线索，来说明他选择的这些术语的定义的合理性。一名伟大的法官能够为维护宪法作出伟大贡献，这种贡献正如道格拉斯大法官归结给休斯首席大法官的品质一样："将宽容植入到不朽的语言之中，使政府都不得不臣服于我们"。[7]

根据休斯首席大法官意指的含义，我不会否认我对死刑的反对有着实质的情感基础。相信哈格博士亦有相同感受。在本章辩论中对于我们双方来说重要的问题是，支持我们偏好的理性观点的精确的表达。如果我们中的一方或另外一方在表述这些观点时缺乏精确性，那么辩论将有利于表达更为精确的另一方。

重要的是，现在要表述出我们都能赞同的观点。我在我顽强的辩论对手的章节中发现了以下三个与我一致的观点。我将以完全不同于范·登·哈格博士的推理方向将它们表述出来。

1. 当权利法案被加入宪法之时，当时没人认为死刑是残酷和异常的刑罚，因而没有禁止死刑的意图。

2. 最近的民意测验观点和州立法机关的活动显示，当前大多数美国人赞同保留死刑。

3. 最近几年里很少有谋杀犯被执行死刑。

这些事实无可辩驳。我们的差异之处始于对这些事实蕴含的含义的解释。现在我将对我们的分歧解释进行初步阐述，之后我将推进到辩驳的主战场中，以揭示我们之间的论述思路和观点的根本差异。 164

〔7〕 Ibid., p. 9.

“残酷和异常”的含义

不像宪法的其他部分，第8修正案几乎是逐字逐句的从英国1689年的《权利法案》移植过来的。英国《权利法案》写道：

> 因此灵俗两界贵族与众议员等认为……首先，（正如他们的祖先在相似的事件中通常所为的那样），为确保人民传统之权利与自由，谨此宣布……
>
> 10. 不应要求过多的保释金，亦不应强科过分之罚款，更不应滥施残酷和异常之刑罚。[8]

除了把“应”（ought）替换成“要”（shall）以外，第8修正案与英国《权利法案》的此规定条款完全是一样的。据我所知没有人认为这种差异具有任何实质意义。由于美国宪法对英国《权利法案》这种含糊规定的特定沿用，我们必须对英国《权利法案》制定前的历史背景进行考察。正如我们将要看到的，其中存在着大量的不确定因素。

英国《权利法案》是1688年“光荣革命”留下的不朽成果之一，在“光荣革命”期间，詹姆斯二世被迫退位同时威廉三世加冕英国国王。换取他加冕的条件就是接受《权利法案》，此法案在1689年由国会颁布实施。上面引述的第10条，是作为斯图亚特王朝末期发生的两起恐怖事件的结果而写入《权利法案》的。这两起恐怖事件的第一起是对一名教士泰特斯·奥茨（Titus Oates）的伪誓罪施处的酷刑，他被拖在马后穿过伦敦的大街，在街边上被公众行刑人鞭笞。第二起恐怖事件是“血腥巡回审判”，在此期间高等法院首席法官杰弗里斯（Lord Chief Justice Jeffreys）判处了数百次恐怖的死刑，大约有数千名参与了或被认为参与了失败的1685年蒙默思郡（Monmouth）叛乱的人被执行死刑。

国会制定法律条款禁止残酷和异常的刑罚几乎必定是为了两个目的。其一，是为防止英国法院制造任何过多或未经法律授权的刑罚，如

〔8〕 1 Wm. and Mary (1689),2d Sess.,c. 2.

对泰特斯·奥茨科处的刑罚以及对血腥巡回审判中受害者科处的刑罚。其二,对于所有犯罪科处的刑罚应当罚当其罪。在任何情况下都不应对伪誓者沿街鞭笞,如对教士泰特斯·奥茨那样,也不应对那些被确证在叛乱中晚间离家的人们科处死刑。但对于死刑,包括挖出内脏、开膛破肚、砍四块、斩首等所有执行方式,都在法律中被保留下来,只是不经常实施而已,直到1814年,死刑的执行方式才被限定为绞刑一种,而不再采用其他任何恐怖方式。[9]

165

当维吉尼亚和其他12个殖民地宣布独立时(是在1776年7月4日之前),首先要做的事中的一件就是起草权利宣言,该宣言在1776年6月获得通过。其中第9节是逐字转抄自英国《权利法案》有关残酷和异常刑罚的条款。当1791年最初的10项修正条款加入我们的宪法时,使用了相同的字句并合并入第8修正案中。

维吉尼亚代表议院和后来我们的美国国会,以及批准该宣言的州欲图使用这个散漫的术语——残酷和异常的刑罚来达到何种目的呢?安东尼·F·格拉纳西(Anthony F. Granucci)在他的全面的,但不是全然具有说服力的论文中认为,英国议会使用这个条款的本意是想阻止未经授权和过当的刑罚,但美国的立法者误解了此条款,他们的用意是以此来禁止酷刑。[10] 事实可能确是如此,但格拉纳西并未明确论述,这条禁令的本意是否被保留下来。在弗曼诉维吉尼亚州案(*Furman v. Georgia*)中,布伦南大法官(Justice Brennan)对第8修正案进行了历史背景的回顾,他进一步考察了立法历史。[11] 布伦南认为,倒不是没有直接证据表明立法者的规定具有禁止残酷和异常刑罚的意图,他引述了马萨诸塞州的霍姆斯(Holmes)和维吉尼亚州的帕特里克·亨利(Patrick Henry)的话,用以说明国会拥有的通过立法修订词句的权力必须严格受到立法合

---

〔9〕 Sir Leon Radzinowicz, *A History of English Criminal Law and Its Administration from 1750*, London: Stevens and Sons, 1948, pp. 518–520.

〔10〕 Anthony F. Granucci, "'Nor Cruel and Unusual Punishments Inflicted:' The Original Meaning," *California Law Review* 57, October 1969, pp. 839–865.

〔11〕 *Furman v. Georgia* (1971), 408 U.S. 238, at 257–306.

理性原则的限制。他们饱蘸激情的宣称,如果在宪法约束中如果没有这样的限制,可能就没有什么可以阻止一个立法机关对任何犯罪规定任何怪异的、残暴的、不适当的刑罚。没有宪法条款对立法机关规定不适当刑罚的立法权力进行限制,没有联邦最高法院执行宪法的这些条款,人民的自由将会永远处于危险之中。40 年之后,约瑟夫·斯托里大法官(Justice Joseph Story)写道:"这项法律(第8 修正案),在一个自由政府之中似乎显得完全是多余的,因为在这样政府中几乎不可能有任何机构会批准或合法化如此残暴的行为"。[12] 这句话经常被那些倾向于认为该修正案是多余的学者频繁引用。然而斯托里在下句中继续论述道:"它……是作为一个警示所有国家政府机构不要实施如此暴力的行为的警166 告而被采纳的……大法官布莱克斯通先生明智的指出,残酷的法律是国家动乱的恶兆,或者至少是其宪政式微的体现"。

大法官斯托里对民主政治的福祉抱持着一种乐观态度。所有熟悉美国监狱和拘留所刑罚执行情况的人都相信,只有求助于宪法才能对抗最近几年来发生的虐囚事件。

联邦最高法院在威姆斯诉美国案(*Weems v. United States*)中做出裁决,要求州立法机构必须遵守宪法第 8 修正案,这已经过了 70 多年。[13] 在本文的后面部分,我将对联邦最高法院干涉死刑的问题进行考察。在此,我们要讨论的问题是,从司法历史的回顾角度来看,残酷和异常的刑罚是何种含义。对于宪法解释的根据仅仅存在两种选择。一种选择是假定宪法解释的内容应当被限制理解为:只有那些在 1791 年被认为残酷的和多余的刑罚才被认为是不合法的。我知道我的辩论对手赞同这种宪法解释的规则;挖出内脏和枷手指应当是不被允许的,但烙刑和割耳朵可能是被允许的,死刑也是被允许的,因为这些刑罚中的前两种在当时被很多国家所适用。

我倾向于联邦最高法院的观点,正如她在特罗普诉杜勒斯案(*Trop*

〔12〕 Joseph Story, *On the Constitution*, Boston: Hilliard and Gary, 1833, p. 710.

〔13〕 *Weems v. United States* (1909), 217 U. S. 349.

v. Dulles)案中表述的那样,第8修正案的措辞不是精确的并且它们的内涵也不是静止不变的。关于禁止残酷和异常的刑罚的条款,“必须依据标志成熟社会的发展程度的适当性的演进标准来归纳其具体含义”。[14]

如何才能理解“成熟社会的发展程度”? 我不认为这个词语并不特别晦涩。在1791年还不存在我们现在众所周知的警察和囚犯。司法是粗糙的。死刑的执行十分自由,甚至比当时最极力鼓吹死刑的人们所赞同的方式还要自由。对于较轻的犯罪判处绞刑可能会被认为过重,但可能会将犯人的鼻孔切开或者耳朵割掉,以永久的表示被判犯罪者的罪恶。19世纪伟大的改革是发明了监狱,监狱造成的影响之一就是减轻了刑事司法的残酷性。那些认为现今的监狱是现代化的酷刑、应当将其废除或进行彻底改革的人们,完全有权力表达他们这样的观点,但是,在19世纪被监狱取代的畸型刑罚与监狱相比,残酷程度无与伦比。

为了证明监禁带来的变革,我将引用范·登·哈格博士伟大的维多利亚时代的先驱者詹姆斯·菲茨詹姆斯·斯蒂芬爵士(Sir James Fitzjames Stephen)对于死刑的辩护,他的辩护与以前死刑的执行情况一样,包括了以下历史的回顾:

167

> 现在采用的处置罪犯的方式,以及除此之外将他们处死的方式,都比以前的方式更加有用和更加有效。在库克(Coke)的时代,不可能建立起象达特穆尔(Dartmoor)或波特兰(Portland)这样的监狱设施,建立适应国家需要的警察机构或监狱设施的代价会被视为是极其昂贵的,更不用说人们对于管理罪犯的方法一无所知。因此,除了将罪犯绞死以外,别无其他方法处置他们。大量罪犯因为其罪行表征出了道德上的重大堕落而被绞死。这些不分青红皂白的残酷激起的我们的反感不应使我们对这个事实熟视无睹:存在着

[14] *Trop v. Dulles* (1957),356 U.S.86.

应被认为是不可宽恕的某类或某种程度的罪恶。[15]

拥有詹姆斯詹士一样无限自信的法官辨别出犯下何种程度罪恶的罪犯应被处以绞刑的这并不困难。但现代的法官总是不那么确信。对作出这种辨别的谨慎导致了只有极少数潜在的符合适用死刑条件的谋杀犯被判处死刑。死刑成为了不常用的刑罚,并且这种不常用的科处还引发了残酷性的问题。科处死刑,忽视了可用于无期徒刑执行的监狱的存在,忽视了那些定会声称死刑判决也忽视了"成熟社会的发展程度"的人们所公开声称的死刑的不确定性。对诸如成熟社会这样的概念抱持怀疑态度是保守派观念的本性。我们觉得我们的疑虑是有益的,但与我们的希望并不矛盾。

公众观念和死刑

罗珀民意调查(Roper Poll)已经对美国公众看待死刑的观念进行了多年的民意调查。在 1965 年,被调查的人中有 47% 的人反对死刑,38% 的人赞成死刑,15% 的人表示不确定。从那时起赞同废除死刑的人的比例减少,而赞同保留死刑的人的比例增多。在 1978 年,66% 的人赞成死刑,28% 的人反对死刑,仅有 6% 的人表示不确定。[16] 这种公众观念的分布反映了当前的公众情感,对此我并不怀疑。造成此情形的原因可直接归于因暴力犯罪的大量存在而导致的公众日愈增长的焦虑,以及一些杰出的公众人物表达的认为死刑适用越自由犯罪就越少的观点。1977 年的哈里斯调查(Harris Survey)令人印象深刻,它询问了如下问题:"假

---

〔15〕 Sir James Fitzjames Stephen, A *History of the Criminal Law of England* vol. 3, London: Macmillan, 1883, p. 383.

在这段摘录的最后一句我推断这是最严厉的报应主义观;确实已经堕落的人必须被消灭。毕竟,是 Stephen 制造了这个新奇的比喻"刑法之与复仇激情的,正如婚姻与性欲的关系",*A General View of the Criminal Law of England*, London: Macmillan, 1863, p. 99.

〔16〕 Michael J. Hindelang, Michael R. Gottfredson, and Timothy Fianagan, eds., *Source-book of Criminal Justice Statistics*——1980, U. S. Department of Justice, Bureau of Justice Statistics, Washington, D. C.: U. S. Government Printing Office, 1981, pp. 200 – 201.

设有证据表明你所满意的死刑,在防止其他人犯诸如谋杀罪的这样的犯罪上,并不比长期监禁更为有效,那么你是赞成死刑还是反对死刑?"得到的结果与1978年的罗珀民意调查得到的压倒多数的人赞成死刑的结果完全不同:赞成死刑的人由66% 下降到46%,而主张废除死刑的人上升至40%,表示不确定的人上升至14%。在黑人被调查者中,反对死刑的人由48%上升至51%,在白人被调查者中,反对死刑的人由25%上升至39%。[17] 168

公众到底想要的是什么?首先,这是一个关于哪些人员拥有对死刑的直接认识的问题。哈里斯调查和罗珀民意调查的调查数据清楚的显示,相当一部分公众不知道死刑的一手资料但认为他们的领导人知道。在整个尼克松时代,在刑事司法方面政府采取相当强硬的措施。总统本人频繁的表达死刑是遏制犯罪的一个重要措施的观点。记住这点非常重要,总统本人、他的首席法律顾问、司法部长和他的副手及助手,在就职之前对于刑事司法并不拥有更多的经验。认为尼克松总统、阿格纽副总统(Vice - President Agnew)、国内事务总长约翰·埃利希曼(John Ehrlichmann)、首席法律顾问约翰·迪安(John Dean)、司法部长约翰·米歇尔(John Mitchel),或者司法副部长理查德·克兰丁斯特(Richard Kleindienst),对于犯罪问题拥有直接认识,而使他们有充分理由相信死刑可以遏制犯罪,这是不可能的。很有可能,赞同死刑属于这些领导人的"强硬路线一揽子计划"的内容,这是人民所希望的领导人的坚韧性的一种表现。他们在这方面取得了相当大的成功。

对于民意调查问题的我想再作一个注脚:我的辩论对手假想,在街头犯罪威胁极小、生活舒适的郊区,反对死刑的呼声最为强烈,但居住在城市中心贫民区整天面临生命威胁的人们,支持死刑的呼声最为强烈,因为他们相信死刑能够保护他们免遭暴力犯罪的侵害。范·登·哈格博士没有引述权威资料来支持他的这种假想,但是事实是,我所能发现的资料都表明了相反的论断。如果盖洛普民意调查(Gallup Poll)是可信

〔17〕 Ibid. ,p. 202.

的,根据人们的收入多少与死刑观的分布如表I所示。我不十分确信这些分布比例体现的含义,但我确信这些分布并不意味着废除死刑是生活舒适的人们的偏好观点。

还有更多的证据表明真正支持死刑的人存在于较为富裕的社会阶层中,这些证据可在英国和法国废除死刑的背景中发现。多年以来,废除死刑是在英国工党中获得强力支持的一项议题。而沸沸扬扬的最有力的反对废除死刑的声音来自保守党。在1965年,当工党执政时开始废除死刑。同样在法国,直到1981年当一个社会主义者的政府执政时,才开始考虑废除死刑的问题。在这两个国家里,废除死刑是工人阶级的偏好观点,而这些平头百姓对暴力犯罪现实的常识和感知正是范·登·哈格教授寄予如此厚望、认为孕育赞成死刑观点的肇因。

169

表I:问题:你赞成对犯有谋杀罪的人科以死刑吗?*

收入	死刑赞成率
$ 20 000及$ 20 000以上	65%
$ 15 000至$ 19 999之间	67%
$ 10 000至$ 14 999之间	63%
$ 7 000至$ 9 999之间	71%
$ 5 000至$ 6 999之间	60%
$ 3 000至$ 4 999之间	50%
$ 3 000以下	36%

*资料来源:George H. Gallup,The Gallup Opinion Index,Report No. 158 (Princeton,New Jersey: Gallup Poll,September 1978),pp. 22-25.[18]

正在减少的死刑执行数量

尽管在美国坚定支持死刑的观点一直为人们所喜好,但自从1930

〔18〕 Ibid.,p. 202. 为了方便,我省略了原始图表中与强奸罪、劫机罪、叛国罪有关的比例,这些犯罪的比例远远低于赞同对谋杀罪科处死刑的比例。

年以来，死刑的适用数量一直在稳定的减少。在本章中我们辩论的大量内容都涉及到这种趋势和对其的解释，同样，我将在表 II 中展示一些数据，以 5 年为一个期间，反映了整个美国的情况。

170

表 II：1930 – 1979 年间美国死刑执行数量 *

年份	死刑执行数量
1930 – 1934	776
1935 – 1939	891
1940 – 1944	645
1945 – 1949	639
1950 – 1954	413
1955 – 1959	304
1960 – 1964	181
1965 – 1969	10
1970 – 1974	0
1975 – 1979	3

* 资料来源：美国司法部司法统计局：《死刑 1979》（Washington, D. C.: U. S. Government Printing Office, 1980），p. 19.

在正在进行的宪法诉讼的影响下，以及在联邦最高法院要求各州的法律必须依照在弗曼诉乔治亚州案（*Furman v. Georgia*）和此类裁决中提出的严格的标准进行修改的要求的影响下，1965 年至 1979 年间的死刑执行数量大幅减少。虽然在 1965 年至 1980 年间确实存在着死刑暂缓执行的情况，但并没有禁止法院判决死刑，正如表 III 所示。

死刑执行频次的减少与法院判决的死刑数量的增加两者之间缺少相关性这个事实，可以被最简单解释为下层法院对公众支持死刑的观念作出了响应，但受理上诉的法院在批准死刑执行时却因面临着严肃的宪法障碍而疑虑重重。我认为我的辩论对手不会否认这种解释，但我在之后的回应中将会回到这个问题，并提出我自己的解释观点。

171

表 III:1968 - 1980 年间美国的死刑判决数量、保留死刑的司法区数量、死囚犯人数 *

年份	死刑判决数量	保留死刑的司法区数量	死囚犯人数
1968	138	25	517
1969	143	24	575
1970	133	26	631
1971	113	24	642
1972	83	19	334
1973	42	7	134
1974	165	18	242
1975	320	27	484
1976	249	30	416
1977	150	20	410
1978	183	23	445
1979	159	25	567
1980	187	25	718

* 资料来源:1968 - 1978 年的数据来源于美国司法部司法统计局:《死刑 1979》(Washington, D. C.: U. S. Government Printing Office, 1980), p. 20. 省略了原表的种族分布和排列情况。1980 年的数据来源于 1981 年 7 月的司法统计局公告。

现在,我开始论述本章中范·登·哈格教授已讨论过的 6 个问题,对于这 6 个问题我们的分歧在于,对于相同的事实没有可以确证的一致观点。在每个问题中,我认为我的辩论对手对宪法和司法程序的理解存在着错误,对当前社会和政治历史的解释存在着错误,以及,在某些问题上,对于两者都存在着错误。

死刑应该是一个司法问题吗?

范·登·哈格教授质疑为何废除或保留死刑的问题应由法院来决定。在此问题上他面临的是美国历史悠久的宪政体制传统。不像其他任何国家的宪政体制,我们政府的存在依靠的是错综复杂的相互制衡机制,这种制衡源于宪法制定者们对于不受控制的权力的不信任。这是一种不易操作的体制。可能没有任何其他国家的法院可以否定法律,因为这将违反宪法。美国的宪政体制是美国这个国家独有的体制。除非我们拥有了包含不同政治方向的新的宪法,当起诉案件中提出了法律合宪性的问题时,我们的法院将一直会拥有以合宪性来审查法律的职权。

实际上,法院行使着受限制的但强有力的监督政府行政机关和立法机关的权力。法院不能裁判行政规章或法律是否合理或恰当,但它可以裁判其是否合宪。这种安排不是民主政治的一个必要特征。英国议会体制虽然拥有相反的机制但也功能通畅;他们的议会有权也确实监督法院。

一些政治学家可能会赞同范·登·哈格的观点。我们的宪政体制是一种效率太低并且不能达到预期目标的体制,它阻碍了行政人员发挥行政职权,并且很多情况经常会挫伤人民的意愿。我不这么认为。我们的体制维护了自由,并且它阻止了所有的政府机构违背全体公民的公正标准。鉴于其他很多国家中的自由和个人自治的状况,自然而然的,美国人对根本改变宪法以换取某种理论上的政府效率的利益抱持着谨慎的态度。这要求我们维护联邦最高法院的权力,无论在何时出现合宪性问题时,联邦最高法院都拥有宪法审查的权力。某些这种审查可能是不受欢迎的;对联邦最高法院在它悠久的历史中作出的很多裁决,我感到困扰不已,正如范·登·哈格博士对联邦最高法院干涉死刑案件表示遗憾一样。回首这段历史,我更乐于将这些裁决的延续视为成熟社会无穷无尽的发展过程中的发生的事件。在这样一个社会中变化在无时无刻的发生着,没有什么是不能改变的,甚至在宪法解释中确立的先例也不是不能改变的。

172

联邦最高法院篡夺了立法权吗?

范·登·哈格教授也误解了联邦最高法院在我们相互制衡的体制中应当担当的特殊角色。他假定当联邦最高法院被请求否定一项有关死刑的法律时,联邦最高法院应当拒绝这项请求。司法和立法是存在区别的,并且这种区别也是很重要的。当立法机关决定废除一项当前有效的法律时,它可以依据多种理由来废除它,这在宪法角度看来都是可接受的。立法机关可以认为经验表明该法律是不明智的。它也可以认为该法律没有产生预期的结果,或产生了没有预料到的但不可接受的结果。它甚至可以决定废除一项好的法律,因为特殊利害持续的压力促使它违背正确判断而行事。有时它还可以废除一项法律,因为它认为该法律是违背宪法的,即使联邦最高法院还没有宣布其违宪。

在提起的双方诉讼中有一项或多项诉因涉及到法律的合宪性问题时,在这种环境下联邦最高法院才能否定一项法律。诉讼双方中的一方认为遵守法律与宪法的规定不符。对于死刑问题而言,仅涉及三个宪法条文:第5修正案、第8修正案、第14修正案。只要这些条文还存在于宪法之中,对于死刑的辩论就必须以我的辩论对手希望构建起的法则为依据:只能依据宪法制定者使用的概念来对宪法的措辞进行解释,而这些宪法制定者生活在18世纪晚期和19世纪南部重建时期。这简直是要将宪法制成木乃伊存放于陵墓之中供人瞻仰,如此宪法的唯一用处就是作为阻碍变革的障碍。这就是我的辩论对手的“拥有一部宪法就意味着希望人们遵守过去制定的规则。否则的话我们就能将所有的事情留给我们现在制定的规则来处理”的主张的含义。

173 自从马歇尔首席大法官(Chief Justice Marshall)的时代以来,范·登·哈格教授所言的法则就不是联邦最高法院所遵循的理论法则。可以最有力的反驳范·登·哈格教授的主张的声明之一包含在1883年赫塔多诉加利福尼亚州案(*Hurtado v. California*)之中:

……法律的程序,它没有被禁止的话,必须与法律的正当程序

相适应,如果能够表明在英国和我国都允许这种固定的用法;但这决不意味着其他一切都不可能是法律的正当程序。如果墨守陈规,认为固定用法的特性对于法律的正当程序来说是必不可少的,那么将会否定法律的每项特征而只考虑法律的产生年代,由此将会导致法律不适合于发展或进步。这将会把归于米提亚人和波斯人的法律上的不变特质附加到我们的法学之上。[19]

后来,威姆斯诉美国案(*Weems v. United States*)确立了联邦最高法院干涉与第8修正案抵触的州的立法的权力,在该案更为深远的裁决之中,在大法官麦肯纳(Justice McKenna)进一步深化了在赫塔多案中确立的原则:

确实,法律的制定,既包括一般法律的制定也包括宪法的制定,根据的是对罪恶的体验,但它一般的措辞不应被限制在罪恶之前采取的形式上。时间带来了改变,也为现存的法律带来了新的环境和目标。因此,一项原则至关重要之处在于它必须比导致其产生的法律缺陷具有更为广泛的适用性。这对于宪法而言尤其正确。它们不是为适应过去的情况而设定的朝生暮死的法令。用马歇尔首席大法官(Chief Justice Marshall)的话来说,它们是"为了达到几乎与人类制度能达到的同样的不朽而设定的"。未来的事务是它的管辖范围,涉及无法预测的好的坏的倾向的事件的条款都能被制定。因此,在运用宪法时,我们的思考不能只局限于它过去和现在为何,而应放眼于它未来将会为何。如果不是这样的话,一部宪法就会在运用上的显得非常简单,当然也会没有效力和权力。[20]

对于我的辩论对手而言,他认为当法院宣布一部法律违反第8修正案时,废除该法律的行为曲解了联邦最高法院在整个美国历史中担任的职权角色。他认为律师不应当运用第8修正案去抨击规定死刑的法律,要求这些宪法问题的提倡者应当忽视他们对于法院和当事人的职责。

---

〔19〕 *Hurtado v. California* (1883),110 U.S.516,at 529.

〔20〕 *Weems v. United States* (1909),217 U.S.349,at 373.

如果确有充分理由认定一项法律是违宪的，那么这项认定必须要由法院听审，并且由对方律师进行反驳，如果它能够被反驳的话。

174

关于法官反感死刑的问题

我的感性的辩论对手认为法官比“普通民众”更不喜欢死刑。他接着举出了导致此假定观点的两个原因。这为我的反击提出了较为复杂的形势，说这特别复杂是因为关于此的事实不容易被证实。我将尽我所能说明他的观点对我来说是完全站不住脚的。

首先，存在各种各样的法官。一些刑事法庭的法官以前是检察官，几乎不懂得拘束自己对于极端刑罚的追求。在他们之上的上诉法院法官，他们中的一些持有与现任联邦最高法院大法官布莱克门（Blackmun）一样的观点；“我不屈从于任何人，在我内心深处对于死刑的态度是嫌恶、憎恶，并且实际上是痛恨，死刑的全部内容是身体上的不幸、精神上的恐惧，以及依靠有限的智力作出的道德上的判断。这种对死刑的嫌恶是受到相信死刑不能实现能被证明的有益目标这种信仰的支撑……”[21]但大法官布莱克门在弗曼诉乔治亚州案（*Furman v. Georgia*）中书写了反对意见中的一条，正如范·登·哈格博士一样，因为他相信应当由立法者而不是由联邦法院来决定这样的事项。我猜想还有一些其他上诉法院法官对于死刑持有与大法官布莱克门一样的态度，还有更多的法官对于死刑持有与大法官道格拉斯和马歇尔一样的态度，他们二人都出身贫寒却最终显赫，都在弗曼案中极力谴责死刑。

我和我的辩论对手都不知道如何使我们的观点成立。最困难的证据是，很多初审法院的法官们作出了很多死刑判决，正如上文表 III 中显示的一样。我机灵的辩论对手认为法官对待死刑的态度是反对死刑，他提出的用于支持此观点的理由是如此过度的虚弱！

首先他说法官能够容忍的对谋杀罪的宽和处置是因为他们与暴力

〔21〕 *Furman v. Georgia*, at 403.

犯罪完全隔绝，但穷人却不能如此这般。他没有提及此判断的资料来源，他引用了显示受过大学教育的人们反对死刑而绝大多数选民却赞同死刑的“民意调查”。在我对此观点作出回应的前文中，我已引用了一些民意调查，这些民意调查表明，富裕阶层比生活较不舒适的阶层稍微更多的赞成死刑。更加始终如一地，黑人要么反对死刑，要么是投票反对死刑人数最多的少数民族。在富裕阶层中的黑人相对较少。黑人是暴力犯罪中最常见的受害人。如果我的辩论对手唐突的假想存在着任何合理性的话，黑人应当是最强烈要求保留死刑的群体。

175 我的受过良好教育并且学识丰富的辩论对手提出的导致法官刚愎的反对死刑的第二个原因是大学教育的缺点。法官是在学术圈中受到了教育，而在这种学术圈中时髦的学术观点被认为是坚称犯罪人是“病态社会的牺牲品”。确实，犯罪学家、社会学家、心理学家在尽力寻找导致暴力犯罪人实施危害行为的原因。在此过程中，他们不能忽视贫穷、种族歧视、失业的和不能找到工作的下层阶层人民微贱的地位、穷人能够获得的质量低下的教育，诸如此类的因素的影响。我们中的多数人更乐于避免使用病态这个词语，但没人能够声明大多数犯罪人来源于那些繁荣健康的社会环境。

一个具有社会敏感性的法官在判案中考虑到这些环境因素，这是自然而然的，并且一些法官这样判案，这是很好的事情。多数法官不这样做——或者是他们这样做了，但我没有注意到他们的偏好。在 20 世纪 70 年代早期一系列的复杂的判决之中，联邦最高法院以 5 比 4 通过了反对死刑的决议，使各州零乱的判决归于一致。可能反对死刑的 5 个人中有 3 个人的观点立足于社会科学的视角。其余的人从别处寻找基本原理来阐述他们反对死刑的理由。无论他们的理由来自何处，这些理由都是他们所真诚抱持的，我相信这些理由是不能在大学课堂里发现的，尤其众所周知的是，法律学院是与大学的其他院系是相互隔离的。如果范·登·哈格教授有相反的观点，那么这个相反的观点应当能用清楚的术语表达出来，而不是采用明显无法证实的假想形式。

知识分子和民主政治

我忍不住要说,导致威廉·巴克利先生厌恶哈佛大学学者原因是,任何一个忠诚的耶鲁大学师生都有这种自然倾向。范·登·哈格博士想要提出一个更为重要的观点,现在我将对这个观点进行讨论。不幸的是,范·登·哈格博士在论证他的观点时,他提到了一个长时间迷惑保守派学术圈的观念,这个观念是为了说明知识分子的不可靠性,尤其是与那些"普通民众"的素朴的常识相比时,这些普通民众属于一个联盟并且阅读《读者文摘》(*Reader's Digest*)。

公众要求用死刑来回应迫害他们的犯罪人。难以找到可以证明这 176 种主张的证据,这与难以找到可以证明死刑具有遏制暴力犯罪的效力的证据情况一样。我相信,对于死刑的需求被作为一个不证自明的常识。

范·登·哈格博士想要提出的观点是,知识分子试图通过将他们的观念强加给拙于言辞的但更加感性的大多数人的手段而使国家废除死刑,这是他们的一个阴谋。他假想到,人们对于死刑的问题,是诉诸于法院而不是诉诸于民意调查,因此,知识分子的这个阴谋将会不公平的剥夺沉默的大多数民众对于死刑的珍爱。

范·登·哈格博士铸造的推理链条可以被如下描述:知识分子反对死刑。他们的观点通常都会在宪法诉讼中获得支持。因此,他们将他们的观念强加给了思维较不敏捷和较不擅长谋略的大多数人。知识分子要做的就是将他们的观念付诸于演说并让人们作出决定。

但法院的大门也是向持死刑保留论观点的知识分子敞开的,我的辩论对手就是这些知识分子中的一员。他们的论证通常会胜过那些死刑废除论者,明证之一就是在弗曼诉乔治亚州案(*Furman v. Georgia*)中尼克松任命的大法官对该案的联名反对意见。只要有一天法院还向理性敞开大门,只要有一天宪法案件还是由联邦法院裁判,就没有理由禁止死刑废除论者涉入宪法诉讼。死刑废除论者在法院中的胜利应当被视为当时人们论争出的最好的结果。

对于死刑废除论者在州立法机构中差强人意的表现,我仅能将原因归结为知识分子并不十分擅长撩人情感的辩论术,这种辩论术通常是立法争论中取胜方依凭的主要武器。作为美国多元文化的一个显著体现,已有多达 14 个州废除了死刑,其中一些州已废除死刑多年。但显然,知识分子已从英国和法国的立法者那里学到了不少东西,这些立法者成功的说服了人们立法废除死刑。

关于阻碍死刑的问题

我们现在来讨论范·登·哈格博士拐弯抹角的论证引出的最终的观点。我们被要求相信科处死刑情形的罕见——实际上是证明采用滥用上诉程序的手段故意阻碍死刑的直接证据和后果。这场阴谋的罪魁祸首是美国民权协会(ACLU),但对我的辩论对手而言,很多州上诉法院和联邦上诉法院也难逃其咎。

他认为,美国民权协会最极端的做法,体现为在那些被告人已经要求对自己执行死刑的案件中,该协会还坚持为他们提起诉讼,例如在著名的加里·吉尔摩(Gary Gilmore)案中,尽管美国民权协会在最后关头还在向联邦法院上诉试图挽救他的生命,但在吉尔摩本人的坚持之下他最后被犹他州行刑队枪决。吉尔摩对美国民权协会说,"滚开",但该协会还坚持上诉。这难道不是无理的阻碍法律的行为吗?

这并不尽然。美国民权协会的立场是清晰和一贯的。他们在原则上反对死刑的观念并不是建立在对邪恶可鄙杀人犯的感性同情基础上的。美国民权协会的立场是:杀人是不对的,即使是国家实施的杀人也是不对的。必须通过可以利用的每项宪法手段和法律手段来阻止杀人。尽管加里·吉尔摩请求被杀死,但国家杀死他仍然是错误的——国家的这种行为的性质正如吉尔摩杀死被害人的行为的性质是一样的。将象吉尔摩这样请求赴死的罪刑执行死刑,与将请求对其判处无期徒刑的罪犯执行死刑一样,都是错误的。

因为美国民权协会知道死刑案件的判决之中经常会存在着成见、反

复无常和法庭错判,所以它尽力查找这些案件中此类差错的证据,当他们找到这些证据时就提起诉讼,有时会获得成功。在每起这样的案件中,欲图继承执行死刑的州会在公开的法庭审判中的提出异议。我认为这种程序不能被界定为"阻碍"。通常"阻碍"行为是通过利用被害人的疏忽而实施暗箱操作。这与阻止死刑被执行的程序不是一回事。范·登·哈格博士发现的死刑执行数量的减少应当用更为可信的原因来解释。

178

请看看对支持我的观点的最新数据:在 1979 年,原来被判处死刑的人中,有 56 人被改判。其中 26 人被减刑,几乎所有的人被减为无期徒刑。4 人在这年死亡,包括被执行死刑的 3 人在内。7 人正在等待重审,他们请求重审的要求得到批准。12 人正等待重新科刑,其中 1 人在重审时被判决无罪,6 人已经摆脱了死刑,尽管处置他们的裁决还没有正式作出。[22]

如果这些数据中存在证据可以证明存在着一个阻碍死刑的阴谋的话,那么应当将实施该阴谋的最大责任归于各州州长,他们拥有将死刑置换成无期徒刑从而赦免死刑特权。

最后一点:范·登·哈格博士不"知道有哪起案件在没有走完向联邦最高法院上诉的所有程序的情况下被联邦法院驳回,联邦最高法院很少否决听审要求"。这是对于司法程序的误解。一些被寄往联邦最高法院的死刑案件附带有一份请求暂缓执行的请求,通常书写在诉讼文件移送令上。在绝大多数案件中这份请求由巡回大法官审阅,该大法官负责该案来源地和未经听审就迳行驳回该案的巡回法庭。这部分程序进行的非常迅速。而诉讼进行的则相当慢。

〔22〕 Hugo Adam Bedau, *The Death Penalty in America*, 3rd ed., New York and Oxford: Oxford University Press, 1982, p. 63.

如何减少谋杀案的数量？

"当前我们每年总计判决20 000起谋杀案"，导致这种"总计后果"的原因，大概是很少使用死刑，我令人生疑的辩论对手将这种结果的原因归结为阻碍死刑。我们可以根据他的观点推断，如果死刑被更为广泛的适用，那么这令人震惊的谋杀案数量将会减少。

联邦调查局每年都统计警察备案的谋杀案和"非疏忽性杀人案"的数量，在1980年这个数字达到了21 509起。[23] 在每起案件中，一个人因他人的犯罪行为而身亡。一些这样的杀人行为，因为可减轻罪责的环境因素或者由年龄或精神状况决定的刑事责任的减轻，而不能被令人信服地判处死刑。其他的情况大多是不能容忍的和冷漠无情的谋杀。联邦调查局没有打算根据谋杀和一般杀人的不同等级对这些杀人数据进行划分；没有人知道划分后的情形为何。我从范·登·哈格教授的论述中看不出，他坚持要对哪些谋杀犯科处死刑以实现遏制目标，要对剩下的哪些谋杀犯科处较轻一些的刑罚。这使我们可以假设他坚持要对所有谋杀犯科处死刑而没有例外。所有杀人犯，不论年龄或精神状况，都必须要被处决。

179

在这21 509起杀人案中有一些属于多重杀人案（一人杀害多人的杀人案被计为多起杀人案——译者注）。让我们假设实际上仅有15 000名谋杀犯要对这个可怕的杀人案总数承担刑事责任。根据《统一犯罪报告》（*the Uniform Crime Reports*），杀人案的破案率（clearance rate）为72.3%。那么，仅有10 845名谋杀犯将被定罪和判刑。如果一年有250个工作日，我们平均每天就要杀死43.4个男子、妇女和儿童。在亨利八世（Henry VIII）统治的38年里有75 000人被绞死，我们的死刑的执行率

〔23〕 United States Department of Justice, the Federal Bureau of Investigation, *Uniform Crime Reports*. 1980, Washington, D. C.: U. S. Government Printing Office, 1981, p. 182. 本部分所有的数据均来自这份统计表。

将远远超过那个时代。死刑执行最频繁的国家如苏联、伊朗、南非共和国,这些国家的死刑执行的统计数据不为国际数据统计者所知。我想恐怕我在此计算出的美国的死刑执行率将会与苏联或者伊朗伊斯兰共和国的死刑执行率一样高。

让我们假设范·登·哈格博士赞同仅有1/4的被判谋杀罪的男人和妇女以及疏忽杀人者可被执行死刑,并且任何18周岁以下的未成年人不得被执行死刑。这将使每个工作日执行的死刑数减至10人。也许我的辩论对手能够容忍这个日平均死刑执行数,也许我们这个日愈习惯于将暴力作为日常手段的国家也会习惯于这个死刑执行率。毕竟,如果范·登·哈格博士的设想真的成为现实,那么此举必然会导致已被判决罪名成立的谋杀犯的数量根本性的减少。

那么,有关机关如此执行死刑,需要多少个工作日后才能起到减少谋杀案数量的作用?

180 **欧内斯特·范·登·哈格:**

我赞同康拉德论述中的一些巧妙的具有说服性的观点,我只打算对那些我感到不满意的观点进行反驳。

对于大法官道格拉斯引述的首席大法官休斯关于联邦最高法院的评论"90%的裁判都是依凭情感作出的。我们的理智部分仅为支持我们的偏好提供了理由"。这句话不仅能适用于联邦最高法院,而且能适用于任何裁决过程。理性并不能激发我们的行动。而是情感"偏好"激发我们的行动。然而,理性的人们,在他们的"理智部分"不能为他们提供支持偏好的充分理由时,将会抛弃他们的偏好。如果不是这样的话,设立联邦最高法院根本没有任何意义,或者追求理性根本没有任何意义。理性告诉我们是否应当、什么时间、在何种程度上去追随我们的情感偏好。只有疯子才会不顾正反推理一味追随情感偏好。我相信所有的法官都不是疯子。

对于认为第8修正案规定的禁止残酷和异常的刑罚"必须依据标志成熟社会的发展程度的不断演进的标准来归纳其具体含义"的观点,这 181

听起来很悦耳。但我不理解的是，为什么应由法官，而不是立法者，来决定这些标准现在为何或应当为何，以及它们将如何演进。并且我也不理解法官怎样来决定这样的标准。是通过大众表决的方式吗？对于该问题，为何不首先将其留给立法机关解决呢？[24] 是通过神意启示？是通过向康拉德教授或者我来咨询？我不赞成这些方式。但为何不依据宪法来解决这个问题呢？宪法已清楚的写明，当罚当其罪并且科处经由正当程序时，死刑是合法有效的。如果我们依凭由法官发明的、决定的、强加的"演进的标准"，而不是遵守我们已效忠遵守除非进行进一步修订的宪法修正案，拥有宪法又有何用呢？[25] 我们宪法并没有宣称死刑为非法。但它确实允许任何欲图废除死刑的法律废除死刑。那么，为何坚持要求法官做出宪法明确规定应由立法机构来做出的决定呢？这是因为立法机构不出做出死刑废除论者要想它做出的决定吗？康拉德教授总是喜欢说死刑在很多国家都已被废除啦。就我所知，这些国家的死刑是通过立法方式废除的，而决不是通过司法方式对宪法作出重新解释而废除的。

康拉德教授指出，虽然罗珀民意调查显示在 1978 年有 66% 的人支持死刑，但哈里斯民意调查显示，如果告知人们死刑在遏制人们实施谋杀上"并不比长期徒刑更有效"，那么在 1977 年将仅有 46% 的人支持死刑。这意味着 20% 的人（66% －46% ＝20%）是因为相信死刑的威慑效力而支持死刑，而剩下的 46% 的人是因为报应主义的原因而支持死刑。如果人们是因为相信死刑的威慑效力而支持死刑，那么如果死刑没有威慑效力的话，当询问人们是否支持死刑时，预期能够得到的结果是什么样呢？如果有证据证明死刑并不比长期徒刑更具威慑效力，那么从逻辑

〔24〕 根据所有的民意调查，大众表决支持死刑，这就是立法机关支持死刑的原因。

〔25〕 对于"烙刑和割耳之刑"的问题，康拉德教授有些不公（根据我们的观点只是偶尔发生这种情况）。无论宪法是否允许这些刑罚，我都对其持反对态度。不是任何宪法允许的事情都是正确的，也不是任何宪法宣布为违法的事情就是错误的。我反对这些刑罚不是因为它们是违宪的，而是因为它们是令人厌恶的。因此，如果它们被使用，我赞成宣布它们不合法，即使宪法允许它们。

上讲,因为相信死刑的威慑效力而支持死刑的20%人将会不再支持死刑。是这样吗?没有证据来支持这个论断。如果真是这样的话,大多数人(46%)仍然赞成死刑,显然是因为报应主义的原因。当然,这20%的

182 人也将会反对徒刑,或任何刑罚,如果有证据证明这些刑罚也没有威慑效力的话。但刑罚确实有威慑效力。死刑同样如此。这20%的人不是死刑废除主义者。他们是信仰刑罚的目的在于遏制而不是在于报应的人们。

康拉德教授也拿出了一份表格以显示高收入群体并不比低收入群体要更少的赞成死刑,以反驳我的观点。但是,康拉德的表格显示的是毫不相关的事情。这份表格确实显示出收入最低的群体——收入5 000美元以下的人——最少的赞成死刑。然而,赞成死刑的富裕的人(收入20 000美元以上的人)的比例(65%)也确实比众多的不富裕的人(收入7 000至10 000美元的人)的比例(71%)要少。[26] 总之,我认为这是由教育导致的:受过大学教育的人比那些没有被灌输死刑废除论的人要更少的赞成死刑。这份表格反映更多的是大学教育情况而不是死刑问题。如康拉德教授正确指出的,英国的工党反对死刑,这与本题无关。多数英国人民赞成死刑。而多数国会议员反对死刑。英国议会对于"良心问题"在传统上不受选民观点的左右。英国议会议员主要是由受过大学教育的人们组成的。很多议会议员都是工党党员,他们都受过大学教育。

康拉德教授引述了赫塔多案和威姆斯案,以暗示这两个案件与我关于联邦最高法院解释宪法的观点相抵触。这些案件和康拉德教授都没有展示出什么新的东西。理智的说,因为他引述的段落与我的观点并不矛盾,而我的观点与当前联邦最高法院的观点是一致的。宪法已经明文规定,如果经由正当程序死刑就是合宪的。康拉德教授还指责我没有理解废除法律——选民或立法机构之所为,与否定法律——法院在法律违宪情况下之所为之间的差异。我不理解为何我要受到这样的指责而成为被告。我主张我无罪。证明责任应由控诉方承担。最终,康拉德教授

〔26〕 康拉德教授没有指明这些群体的规模大小。

指出，我所倡导要遵守宪法是“要将宪法制成木乃伊存放于陵墓之中”。但我不认为宪法已经死亡——宪法阻止了康拉德教授通过司法法令的手段废除死刑，正是这个事实表明了宪法还活得好好的。仅当宪法被法官依据其“演进的标准”观念来解释时，它才会死亡、无用，寿终正寝仅能放入陵墓，因为到那时宪法将失去所有的意义，没有宪法我们也能办成大事。

183

当康拉德教授认为我是“众多持死刑保留论观点的知识分子中的一员”时，他是根本错误的。很少有知识分子持死刑保留论观点。在学术界，包括主要的法律学院、社会科学和人文学科院系，压倒多数的知识分子希望废除死刑。我真的希望我是“众多中的一员”。并且，废除死刑论者受到诸如美国民权协会这样权力强大资金雄厚的组织的支持。死刑保留论者除了受到真理和逻辑的支持以外别无其他支持。

现在来讨论吉尔摩案。康拉德教授写道，“尽管加里·吉尔摩请求被杀死，但国家杀死他仍然是错误的——国家的这种行为的性质正如吉尔摩杀死被害人的行为的性质是一样的”。果真是这样吗？被害人并没有请求被杀害。他们是被加里·吉尔摩谋杀的——这可能就是吉尔摩请求执行其死刑的原因。被害人是无辜的。但吉尔摩却犯有谋杀罪。将吉尔摩执行死刑难道真的是与吉尔摩杀死被害人一样的错误行为的吗？断言杀死一个请求被杀死的杀人者，与这个杀人者杀害一个请求活命的无辜者一样，是错误的行为，这真是一个古怪的道德律。我不赞同这样的道德律。我希望康拉德教授不要为此显而易见的谬论而徒费口舌。

吉尔摩案使人想起一个后来被死刑废除论者使用的观点，亦即，死刑执行是一些杀人犯自愿招致的，因为他们希望通过被执行死刑来实施自杀。我想重新考察这个观点。它似乎不是一个严肃的观点。几乎没有杀人犯想自愿招致死刑。大多数杀人犯竭尽所能逃避抓获，如果被抓获，则逃避定罪，如果被定罪，则逃避处死刑。那些乐意对他们执行死刑的罪犯并未自杀。他们乐意的是对他们执行死刑。确定在每起案件中他们这样做的动机是很困难的。一些罪犯可能是喜欢死刑厌恶无期徒

刑。绝大多数罪犯显然不是因为此,但两者选择似乎都是理性的。另外一些罪犯可能觉得他们罪大恶极理应处死。他们可能是正确的。用康拉德的话来说,他们可能希望通过接受应得之刑罚而使他们自己"顺从于"社会和社会的道德法则。

最后,有的观点认为,有些谋杀犯是为了得到他们期盼的刑罚而实施犯罪的,通过这种方式,刑罚就成为了他们犯罪的动机。这类案件如果确实存在的话(支持其存在的证据是非常薄弱的),应当完全属于例外情形,这种案件如此稀少,以致为他们量体裁衣制定法律以遏制他们实施犯罪这种做法是愚蠢的。附带提及的是,既然他们的行为既可以导致监禁也可以导致死刑(更进一步讲,既然监禁自己要困难,杀死自己要相对容易),法律要怎样才能适合这些例外的情形呢?难道要废除所有刑罚以消除这类犯罪的动机吗?

184

约翰·P·康拉德:

范·登·哈格教授机智的反驳给我带来了更多的工作。就他提出的一些观点我已无须再多做阐述。读者应当判断我们俩中谁的观点更具有说服力。那些偏好我的辩论对手观点的人们几乎不会因我提出的用以支持我的观点的论证过程而动摇。我希望与我观点一致的读者在我的论证中不会发现重大的缺点。

而就其他观点,我必须对辩论对手的攻击作出反击。在回应我的驳论中他运用完美的技巧提出一些新的话题。其中存在着一些的确不是故意所为的误解——更贴切的说法是语义学上的诡辩。我希望我巩固死刑废除论观点的论证不要过分的折磨读者的耐性,可能真理会越辩越明。

关于"成熟社会的发展程度"。范·登·哈格教授不明白法官怎样能够被指望决定成熟社会的演进标准。和整个联邦的和州的法院一样,联邦最高法院必须在我们的政治体制中从事这项工作。这不是一项令人羡慕的职责。顽固的保守派可能会抱怨联邦最高法院采取的他们不赞同的解释方向过于激进,而自由派则会谴责联邦最高法院的裁决体现

的是过时的不死的阴魂。宗教自由的问题、言论自由的问题、正当程序的本质问题、州际商业范围问题，在此提到的问题仅只是众多最困难的宪法问题中的一部分，联邦最高法院必须考察国家社会和经济结构中发生的变化并且根据这些变化来解释宪法。

作为我们标准的演进的一个例子，我们可以考察一下美国18世纪通行的刑事制裁体系。对于一些重罪，科处绞刑在我们的祖先看来可能是恰当的，而对于一些轻微犯罪，科处烙刑和割耳之刑是允许的。时代发生了变化。联邦最高法院已取消了对强奸罪的死刑规定，尽管一个多世纪以来很多州都一直对强奸犯科处死刑。[27] 现今，死刑被认为与强奸罪不均衡，因此对该罪保留死刑与宪法第8修正案矛盾。根据"不断演进的尊严标准"原理，对强奸罪科处的死刑演进成为了残酷和异常的刑罚。标准的演进是一种法院已经注意到并且根据它来行动的方式。这种方式能够适用到其他所有可被科处死刑的犯罪上吗？如果能够的话，在何种基础之上联邦最高法院能够实施干预并推翻所有规定死刑的法律？ 185

正如我在我的驳论中指出的一样，体现此演进最显著的标志发生在1/4个世纪以来第8修正案被批准的过程中。将监禁作为惩处重罪犯的刑罚，在现在的很多人看来，似乎是一种凌驾于个人之上可恶的国家权力行使行为。我并不赞同这种观点，虽然我承认美国的监狱极度欠缺现实的秩序性与尊严的标准。当监禁刑取代了18世纪通行的肉刑之后，一项主要的变革开始了，这项变革使国家权力的行使更加人道。虽然在监狱变革之前，拘留所和强制劳役已经存在了好几个世纪，但它们一直不是我们犯罪控制体系的组成部分。设立拘留所是为了关押待审嫌犯和未偿付债务的债务人。正如我在第1章我的驳论中引述的詹姆斯·菲茨詹姆斯·斯蒂芬爵士的解释一样，拘留所不能用于惩罚目的。将犯人置于痛苦的无情的环境中强制劳役，这在一些大陆国家中经常被采用，将犯人流放到遥远的殖民地，这是英国法院采用的一项措施。这些

〔27〕 *Coker v. Georgia* (1977), 433 U.S. 485.

制裁措施都未在美洲殖民地中被采用,美国在宪法制定以前的年代里也没有采用这些措施。

在立法者制定宪法第8修正案时并没有想到会有如此重大的刑罚变革。我再一次赞同辩论对手的观点,我认为如果立法者预见到了监狱从费城产生到现在被普遍采用的演进的话,那么他们可能会废除死刑。当时的美国人已经学会了接受这个原则:即使对最严重的犯罪,监禁刑判决也是恰当的制裁。这些最严重的犯罪包括一级谋杀罪。将一级谋杀罪包括到能用监禁刑制裁的犯罪名单之中,这本身就体现了一种成熟国家的演进标准。当我们学会将终身监禁接受为惩治谋杀罪的通常刑罚时,不可否认我们的标准发生了改变。范・登・哈格教授可能会指责这种改变,很多其他人也会这样。但问题是,这种改变确实已经发生了。

如何证明联邦法院对死刑进行干涉是正当的?对我来说这非常清楚——对于法院来说解释第8修正案是一项司法职权,这正如联邦法院必须按照商业模式的改变来解释宪法中的州际贸易条款一样。存在着很多观点可被呈交给法院以支持废除死刑。这些观点中的一些几乎不值得重视;而另一些以我外行的观点看来是引人注目的。如果多数法官被某一种废除死刑的观点说服,法院必须依此行动。这是一个独一无二的体制,也是一个已经为这个国家良好服务多年的体系。

186

关于第8修正案的基本原理,修正案的历史清楚的表明了修正案的术语在这个条文被适用的不同年代具有不同的含义,能够适用于各种不同的刑罚形式。贯穿于这些年代始终,修正案的目标一直被设定为限制国家的刑罚权。在18世纪的美国,死刑是对极严重的重罪唯一可能的处置刑罚。在20世纪的美国,死刑是一项必须通过曲折复杂的论证过程而被证明正当的适用于重罪的刑罚中的一种。就我看来,仅这些事实就可说明废除死刑是正当的。

我们可以要求联邦最高法院解决一个关于第8修正案的问题,因为在我们这种独特的体制下我们可以这样做。在其他国家里,可能这样的要求是行不通的,这样的国家如范・登・哈格正确指出的死刑已被废除的国家,废除死刑通常被认为是一个立法行为。对于我们这个国家而

言,这是一个不相干的观点。联邦最高法院拥有监督其他机关运作以确定这些运作是否遵守了合乎逻辑的宪法解释的权力。联邦最高法院是防止多数人的暴政的国家的保护者。在很久以前,亚历克西斯·德·托克维尔(Alexis de Tocqueville),在界定这项功能时讲道:“授予美国法院大法官宣布法律违宪的权力,是被设计出来防止政治集团暴政的最强有力的屏障之一”。[28]

暴政对于死刑而言意义特别重大。我们生活在一个犯罪数量几乎每年都在增长的年代。在很多市民看来,暴力犯罪的频繁发生和蔓延是不安宁的国家面临的最严重的问题。没人能提出消灭城市暴力犯罪确实可行的解决方案的问题。但持激进观点的立法者,不愿承认自己的软弱,并急于展于自己的强硬,能够也确已倡导增加死刑的适用,并将其作为一个解决犯罪增长问题的方案。他们声音洪亮地请求恢复死刑,转移了公众和立法机构的注意力,使他们不能认真的考虑有难度但经常不引人注意的措施,采用这些措施的会有更大的成功可能性。他们的鼓噪也会形成一种歇斯底里的氛围,使得在此之中不可能理性的讨论死刑问题。没有哪个州议会的立法者,没有哪个国会议员胆敢表现出“对待犯罪软弱”的姿态,或者被视为缺乏简单但虚伪的常识——这个常识是杀人者偿命。

187

总体而言,我赞同辩论对手的观点,倾向于对死刑问题采取立法解决的方法。我相信,终有一天通过立法废除死刑将会成为可能。在当前的社会观念氛围之下,政治家们向公众鼓吹要求恢复电刑、毒气死刑和绞刑,期望用理性说服议员席上的立法者,这并不合理。从古雅典的修昔底德(Thucydides)时代以来,立法机构就一直为那些诱使感性的人们在作出判断时放弃理智的激昂措辞所轻易左右。法院被期望可以不受激情的影响——尽管事实并不总是那样——会坚持在非常理性的论证的基础上作出他们的裁决。死刑废除论者坚信理智站在他们这一边。

---

〔28〕 Alexis de Tocqueville, *Democracy in America*, vol. 1, trans. Henry Reeve, Francis Bowen, and Phillips Bradley, New York: Knopf, 1945, p. 103.

我们选择将此问题付诸法院也就不足为奇了。

关于割耳之刑的辩护的注解。范・登・哈格教授在脚注中指责我,认为我将烙刑和割耳之刑归为他解释的第8修正案下可以接受的刑罚,这是不公平的。我的意思当然不是说这些刑罚对他来说是可以接受的。我仅仅是说,根据他所述的解释第8修正案的原理,联邦最高法院不可能废除这些刑罚。除了作出这个不是特别重要的注解观点之外,我还好奇的注意到,我的辩论对手会反对这些刑罚,因为他们"令人厌恶"。它们确实如此,闪现在我脑海里的问题是:为何不能说死刑也是令人厌恶的呢?

关于公众对于死刑的支持问题。让我们注意一个我将会在我的这篇论文的其他地方予以详细讨论的概念问题。范・登・哈格教授发现,没有证据可以证明死刑并不比监禁刑具有更大的威慑效力。但证明责任应当由谁来承担呢?我也没有发现任何证据可以证明死刑比终身监禁具有更大的威慑效力,范・登・哈格教授没有为他的这个论断提出任何经验证据。

在我们数个世纪以来所有针对死刑的经验中,最能使我们视保留死刑为正当合法的是宣称死刑必定是一种有效的威慑,因为它是一种最为严厉的制裁措施。如果在人们得知死刑并不比监禁刑具有更大的威慑效力的情况下,将会有20%的人不支持死刑,我认为这些人如果投票赞成死刑,其原因是信任了象我的辩论对手那样的死刑保留论者的观点,这构成了一种信念行为。虽然我们不能证明死刑是一种显然更为有效的威慑,无论如何我们应当相信它是如此。对于辩论对手来说这可能是素朴的常识。但对我来说这似乎是盲从迷信。

188

统计表说明了什么? 我驳论中的表Ⅰ绝不是我自己编制的表格,它属于盖洛普民意调查。我将它作为证据引入是因为范・登・哈格教授强迫我们相信,法官反对死刑是因为他们在富人和舒适的人中间、居住在郊区、过着受到保护的生活,而穷人和担惊受怕的人没法逃避来自犹太区和西班牙区的暴徒威胁,因此要求保留死刑。

无论这份统计表将会意味什么——并且,正如我先前说过的一样,

我确信它并不意味着——中产阶级比不富有的人更多的赞成死刑。所以,将反对死刑的原因归结为与贫民区混乱秩序的危险相隔离,辩论对手提出的第一个原因就被驳倒了。

范·登·哈格博士又将法官不愿判处罪犯死刑的原因归为大学教育的弊端。他认为受过大学教育的人比"那些没有被灌输死刑废除论的人"更少地赞成死刑。虽然没有数据来支持他的这个观点,但为了辩论的目的,让我们假设受过高等教育的青年男女更倾向于反对死刑。我们如何解释这样的结果?范·登·哈格博士猜想这是因为具有可塑性的青年男女被那些在知识上追求雅致的教授们征服,他们认为死刑是错误的,因为谋杀犯是一个病态社会的受害者,并且如果被执行死刑他们就能不再复归社会。

很难弄清楚所有这些是如何传授给敏感的年青人的。这听起来象是他们掉进了如意算盘之中。因为受过大学教育的人们不是按照范·登·哈格博士设想的应然的方式进行思考的,所以他认为他们的观点反映的"更多的是大学教育情况而不是死刑问题"。我从来没有做过让盖洛普博士因此而成名的那种民意测验,并且我也不能确切地言明为何受过教育的男女倾向于反对死刑。将他们嫌恶死刑的原因归结为比他们受教育较少的同胞们拥有更广泛的历史知识、更沉着的思考习惯、更广阔的信息知识,这至少会具有更大的意义。如果这种推论被界定为精英统治的根据,我将接受这种观点。我宁愿相信教育不是使被害者丧失独立思考能力的智力致残过程。

189

关于赫塔多案和威姆斯案。如果仔细阅读赫塔多诉加利福尼亚州案(*Hurtado v. California*)案的摘要,将会看到,联邦最高法院在附带意见中写道,实施不能促进进步和发展的法律是错误的;静止不变不是美国法学的特征,而是米提亚人和波斯人法律的特征。威姆斯案更进一步确定第8修正案既可适用于州政府也可适用于联邦政府,并因此授权联邦法院干预残酷和异常的刑罚事务。联邦最高法院关于"时间带来了改变,也为现存的法律带来了新的环境和目标"的认识,这与我的观点是一致的,我认为联邦最高法院不能受到通行于宪法制定者时代的环境和

目标的局限。我希望在不久的将来,联邦最高法院能够依照这个原则来思考死刑。

“持死刑保留论的知识分子”有多少? 我可怜的辩论对手指控我只知道宣称他是“众多持死刑保留论的知识分子”中的一员。这个观点的成立依赖于对“知识分子”这个定义的界定。我认识一些持死刑保留论的学者,我听说过一些持死刑保留论的法官和律师,他们中的多数完全有资格被称为“知识分子”。不过,我也承认几乎没有人——即使是有的话也不会,象我不屈不挠的辩论对手那样对这个小问题如此好辩和如此热情。

但因为我的资金都来源于正当渠道,所以作为一个死刑废除论者的我,必须否认因此而从美国民权协会那里得到过任何支持。虽然我加入美国民权协会已有很多年了,但我从来没有获得过任何理由,想到它是“权力强大的”或“资金雄厚的”。

关于加里·吉尔摩案。范·登·哈格博士一定是一个伦理相对论者,尽管他的读者可能不这么认为。他认为杀死一个有罪的谋杀犯比杀害一个无辜的被害人的过错要小。我认为杀害任何人都是错误的,即使加里·吉尔摩是一个残忍的不负责任的冷血杀人犯,我也会认为他与那些被杀害的被害人没有区别。我想这会使我成为一个伦理绝对论者。如果范·登·哈格博士的道德观念与我不同,那么我必须对他伦理相对论的复杂性深思熟虑。

通过死刑来自杀? 在附言似的论述中,范·登·哈格博士讨论了一个我也曾从一些死刑废除者那里听来的观点,大意是,一些谋杀犯之所以要杀人是因为他们希望到电椅上或毒气室里实施自杀。我也认为这个观点没有什么说服力。虽然我知道存在请求赴死的罪犯,但他们杀人犯罪的动机肯定不是为了自杀。

190

我也没有看到过哪个罪犯实施犯罪是为了获得刑罚。除非提出这种假设的人拿出更多的证据,我觉得为了消灭这种犯罪动机而废除刑罚这根本没有任何必要。

非常高兴能以完全赞同辩论对手观点的注解来结束再一次的驳论举证。

欧内斯特·范·登·哈格：

我抵挡住了对康拉德教授再次提出的很多观点进行反驳的诱惑，只对他的两个观点作出评论。

康拉德教授注意到我认为“割耳之刑”是令人厌恶的，就质问道“为何不能说死刑也是令人厌恶的呢?”答案很简单。我们每个人都必然会死亡。但我们必然不会让我们的耳朵被割。割耳之刑是人类的发明，它让我感到厌恶。死亡不是人类的发明，我一点都不觉得它令人厌恶。我也觉得约翰·斯图尔特·密尔(John Stuart Mill)所说的“加速死亡”不令人厌恶。相反我认为，如果我们允许一个因为杀害无辜而丧失了生存权利的人生存在我们中间，这才是令人厌恶的事。

对于他的另一个观点的评论：康拉德教授称我是一个“伦理相对论者”因为我认为“杀死一个有罪的谋杀犯比杀害一个无辜的被害人的过错要小”。我认为此举不仅是过错要小，而且是绝对正确和超道德的义务。对此我赞同哲学家伊曼纽尔·康德(Immanuel Kant)的观点。他通常不被人们称为一个伦理相对论者，我也是这样(我希望我们拥有更多的共同之处)。

罪恶和无辜是存在区别的，尽管我一再阐述该点，但康拉德教授仍然拒绝承认。这种区别与任何刑罚都有关联。我认为，监禁无辜者是错误的，但监禁有罪的罪犯是正确的。如果是因为留意到了罪恶和无辜之间的区别而使我成为了一个伦理相对论者，那么我愿意做这样的相对论者。但我必须说，这是对相对论者这个词语的一种特殊用法。通常相对论者这个词语用来指称那些模糊罪恶和无辜之间区分的人，如康拉德教授，而不是指称那些强调两者之间区分的人，如我。当犯罪的罪行极其严重时，我相信对那样的罪恶适用死刑是正当的。我相信这点正是因为我认为没人拥有杀害无辜的权力，亦即，实施谋杀的权力。在我看来，只有将其解释为是谋杀者自己剥夺自己的生命，这个规则才能得到强制执行。

191

约翰·P·康拉德：

正如割耳之刑执行的过程一样，用绞刑架、电椅、毒气室、行刑队手中的步枪来执行死刑都是人类的发明。正如约翰·斯图尔特·密尔优美的总结这些骇人听闻的死刑执行过程一样，他们都成功的"使人们遭受短暂的痛苦而迅速死亡"。〔29〕 在密尔的时代直至1965年废除死刑，在英国谋杀犯都是被绞死的。我从来没有目击过绞刑执行的过程，但我听到的和读到的原始材料都使我深信不疑的认为这是一幅令人厌恶的场景。绞刑的替代执行措施——电椅、毒气室、行刑队——仅仅稍微减少了一点点可憎性。德克萨斯州、俄克拉荷马州、爱达荷州的立法者关注到了死刑执行的恰当性问题，他们对行刑方式进行了改革；他们制定

192

---

〔29〕 我的辩论对手对约翰·斯图尔特·密尔拥护死刑的言说的引用，让我想起了人们对这个伟人就此话题所持的观点的一场讨论。这场讨论可以在1868年在国会所作了一次演讲中找到，在演讲中讨论了废除死刑的问题；死刑废除论者遭到了失败。完整的论战参见 Gertrude Ezorsky, Philosophical Perspectives on Punishment, Albany: State University of New York Press, 1972, pp. 271 – 278.

象我本人这样的守旧的自由主义者崇敬密尔的威名和典范，他对管理人类事务进行了理据充分的启迪和教化，堪为榜样。那些不熟悉特殊的国会演讲稿的人们可能会感意外——这个具有远见卓识的人居然会采纳几乎被所有同时代的自由主义者所反对的观点。

有人肯定会认为密尔对于他通常善辩的观点是雄辩而严厉的。他的死刑观建立在两个论点之上。第一，他认为执行死刑比死刑的替代刑罚终身监禁残酷性更小。"就严厉程度而言，使人们遭受短暂的痛苦而迅速死亡，与将其钳闭在活人墓中监禁终身，在最艰苦和最单调的苦难中苟延残喘的体会出什么是漫长的人生，从这两者之间的比较中到底可以得出什么……？"这种推理几乎与通常坚持的观点没有一致性，通常的观点认为死刑一大优势是由伴随着"短暂的痛苦"的恐怖产生的威慑价值。他关于"活人墓"的论述夸大了英国监狱的真实状况，即使在那时监狱的状况也不是如此，当然在我们现在这个时代监狱的状况也不是如此。

密尔的第二个论点是用后述这些文字表述的，奇怪的是，这些文字来自最早和最热情的女权倡导者之一："除了女子气（effeminancy，原文如此）以外，还有什么会令人觉得剥夺人的生命比剥夺他所有使生命有希望和有价值的东西会更让人震惊？死亡是世上最大的不幸吗？"以一种性别倾向来看待剥夺生命的意义，这显然是不恰当的；男子气和女子气与做出死刑判决这种可怕的决定没有任何关系。

虽然密尔所处的那一方（死刑保留论者）确定无疑的赢得了这场辩论，但密尔在这场辩论中显然不在最佳状态。

法律将注射致命毒药指定为死刑执行的方式。医疗工作者反对这种行刑方式引发的问题,以及这种行刑方式的实用性问题,这些问题还没有在死刑执行中得到解决。[30]

冷血杀人都应被认为是不可容忍的恶行,无论是在街头抢劫中杀人还是在注射执行死刑时在麻醉结束生命的无菌环境中杀人都是如此。没有哪种执行死刑的方式不是非自然的人类发明,无论我们如何委婉的粉饰这些执行方式的痛苦。我们辩称罪犯顺从了"极刑",或者"向社会偿还了他的恶债",但是说白了,我们是故意的有预谋的杀害了他。如果他"象个男人一样"自尝苦果我们将会感激他,并且因为他的"斯多葛主义(stoicism)"而称赞他。[31] 国家是想通过杀人行为本身,以及所有用于论证其正当性、解释它、描述它的话语,来告诉那些需要接受这样一个教训的人:杀人是错误的。但存在着更为有效的方法,来灌输这样的道德内容,而无需国家施与恐吓。

我半认真的谈到我坚定的辩论对手是一个伦理相对论者,这是因为他确信杀害某些人比杀害其他人的过错要小。我当然认为,杀害任何人都是错误的,无论被杀之人是何种人。除此以外其他任何立场是将会陷入道德的泥沼之中。鼓吹死刑的人必须承认不是所有谋杀犯都罪当极刑。他们必须选择其中的一些人让他们去上绞架或坐电椅,应当选择哪 193

〔30〕 关于现今被认为可以接受的各种死刑执行方式的完整的但经过除去讨厌因素处理的论述,参见 Report of the Royal Commission on Capital Punishment, 1949 – 1953, London: Her Majesty's Stationery Office, Reprinted 1973, Cmd. 8932, pp. 246 – 273. 在详细的回顾了英国和其他国家的经验之后,皇家专门调查委员会认为,绞死是处决谋杀犯最迅速和最人道的方式。其他三种替代方式——电死、毒气和枪决——都以看起来令人信服的理由被否定。注射毒液曾被考虑。虽然这种方式由于无痛苦而获得了一些支持,但医疗工作者的反对被认为是不要克服的问题。

关于皇家专门调查委员支持绞死观点的质疑,参见 Arthur Koestler, Reflections on Hanging, London: Victor Gollancz, 1956, pp. 9 – 10, 139 – 145.

〔31〕 皇家专门调查委员会特别注意到了英国死刑犯带来的有益的一面,他们没有给旁观者带来了这样的体验"充斥着惊慌和抵抗的惊慌的和不体现的场景","那些有义务参与行刑的我们的目击者,对于斯多葛主义的看法是显著的和一致的,在斯多葛主义看来,那些犯罪的男女必被推上绞刑架"。Ibid., pp. 260 – 261.

些人处死刑,对此的讨论很少取得一致意见。必须对要被判处死刑那些人和剩下的那些不判死刑的人作出精细纤微的区分,这种区分可以通过认定一类人比另一类人更卑鄙、更危险或更残暴而获得正当性——这是一种混淆价值的相对主义观点,它导致了行为正确性和错误性判断的不确定。我们不应鼓励使用一种已过多的倾向于理解一切并因此宽恕一切的伦理相对主义的文化,来作出这些病态的区分,或者试图从这些区分中学到什么东西。

即使范·登·哈格教授的观点能够成立,即使死刑执行能作为一种例外情况被重新恢复,这种例外执行死刑的情形是在我国实际暂缓适用死刑之前延续了二三十年的死刑适用特征,也永远不可能解释清楚死刑"是谋杀者自己剥夺自己的生命"。区分罪行轻重依据的是人们道德观点的差异,依据的是检控方和辩护方的控辩质量,依据的是陪审团不可预测的裁断,或者依据的是公众不可控制的情绪。偶尔发生的死刑执行(我说"偶尔"是因为,作为上诉程序用尽的结果,虽然不久之后可能会存在一些死刑执行的情形,但与自杀的数量相对,死刑执行的数量非常小)不会解释任何事情。

如果有什么品质特征是混乱的美国刑事司法运作最需要的,那么这就是明确性——能够实现公正审判的确定性。

欧内斯特·范·登·哈格:

我将再次只对辩论对手的几个错误观点作出纠正。

1. 康拉德教授写道,"没有哪种执行死刑的方式不是非自然的人类发明"。什么是自然的人类发明呢? 做任何非本能的事是自然的吗,例如,读书? 穿裤子? 如果仅有那些为自然所阻碍的事情是非自然的,那么我们不必担心。我们不能实施任何非自然的行为。然而,如果所有为自然所允许的都是自然的,"非自然的"仅仅指称的是康拉德教授不赞成的事情。然而,自从圣经时代开始,实际上自从"非自然的人类发明"(?)法律产生开始,在其他的人类发明(自然的? 非自然的?)如监狱出现很久以前,自然就允许死刑。死刑,如果不比废除死刑更自然的话,也

一定比它更传统。[32]

因为康拉德教授如此忧虑死刑执行的尊严问题,让我在此插入一段关于1355年执行马林·费勒(Marin Falier)死刑的描述。费勒曾被选举为威尼斯共和国的总督,此后因为欲图册封自己为该共和国的世袭王储和专制执政者而被认定构成阴谋罪。

> 费勒没有试图否定对他的指控。他供认不讳,请求降罪并声明他自己罪当极刑,并作好的接受极刑的准备。4月17日判决下达;翌日早上第三时(tierce,宗教仪式中举行第三课仪式的时间,教规的七个小时中的第三个,通常是太阳升起后第三个小时。——译者注),那个老者被从他的私人小屋里被带到议事厅,顺着从第一层凉廊延伸下来的大理石楼梯拾阶而上走到顶端,进入宫殿的内部房间。政府勋章被从他的身上解除下来,他的公爵帽被换成了一顶平民圆帽。他发表了一场简短的演讲,请求共和国宽恕他的背叛行为并承认了对他的判决的公正。然后他将他的脑袋放在断头台下。仅仅一剑,他便身首异处。

犯罪,如果不是"非自然的人类发明",就是不公正的和缺乏尊严的。而死刑执行既是公正的而是尊严的。

2."不是所有谋杀犯都罪当极刑",康拉德教授写道。他是正确的。那又如何?法院要确定其中哪些谋杀犯足以被判处死刑。所有谋杀犯都罪当极刑是不必要的,或者不可能的。

3.然而,根据康拉德的观点,将那些"更卑鄙、更危险或更残暴"罪当死刑的罪犯分离开来是一种"精微纤细的区分"和"相对主义",一类"混淆了价值判断并导致了行为正确性和错误性判断的不确定"的选择。

与之相反的观点是正确的。确定一个罪犯比另一个罪犯应当科处任何刑罚更为恰当,包括科处死刑在内,当然不是"相对主义"。相反,

---

〔32〕 这是一个无关紧要的问题。法律意义上的"自然的"(如自然权利中的自然)是可能的,但在此康拉德教授运气非常不好。特别是所有的传统法学理论家,包括我们宪法的制定者在此,都认为死刑是符合自然权利和自然法的。

“相对主义”的内容包含了,否认前述此类区分的可能性,或者说它们是“相对的”,亦即,不确定的,“精微纤细的”,和主观的,最终我们中没有一个人比另一个更坏,也没人罪当处死。我认为一些罪犯就是这种相对主义者。因为此我不是一个“相对主义者”。

195 我不知道康拉德教授是否相信德·斯特尔太太(Mme de Staël)这句话“*tout comprendre c'est tout pardonner*”,它的意思被解释为:理解一切就是宽恕一切。至少我不相信这句话。我对一些人——纳粹、罪犯,甚至一些其他人了解得越多——就越少宽恕他们的所作所为或将作将为。[33]

4. 康拉德教授因为不同意约翰·斯图尔特·密尔的观点而对他百般挑剔。这并不能使密尔由此就变得错误。总之,康拉德的观点建立在混乱之上。康拉德认为,密尔认为死刑是比终身监禁残酷和严厉程度要小的一种刑罚,这种观点“几乎与通常坚持的观点没有一致性”,通常的观点认为死刑比终身监禁更具威慑性。这里并不存在矛盾。正如密尔的观点,死刑可能确实比终身监禁残酷和严厉程度要小,但更具威慑性,因为更令人畏惧。人们通常畏惧轻微的痛苦或剥夺更甚于重大的痛苦或剥夺。(但我不像密尔那样认为死刑是较轻缓的刑罚)。

5. 对于死亡的畏惧——我已经指出这并不必定是理性的(参见本书“欧内斯特·范·登·哈格的导论:死刑而非酷刑”,原书第13-16页)——但对我们所有人来说是强有力的。甚至是当一个预料自己至少要被判终身监禁的罪犯,在作案现场被抓获看到警察的枪支对准他时,他也会投降。只要不让他去死让他干什么都行。从这点上人们可以推断,死刑的威慑比其他任何威慑对他更具威慑效力。

约翰·P·康拉德:

我本以为我关于本章的论述已经完结,但我没有料到范·登·哈格

---

〔33〕 摘自 John Julius Norwich, A History of Venice, New York: Alfred A. Knopf, 1982, pp. 227-228.

教授在他的反驳中会延续这些话题。我将按照他设定的顺序回答他的论述并对这些问题进行整理。

1. 对于"非自然的"人类发明和那个威尼斯共和国总督的尊严这些问题，辩论对手主张割耳之刑是一种不能接收的刑罚形式，因为它是"令人讨厌的"——或者，正如我提出的，一种"非自然的"——人类发明。我认为毒气室、绞刑架、行刑队、毒针注射，这些现在常用的死刑执行方式——也都是"非自然的"或"令人厌恶的"。它们已经取代了一些我和辩论对手在前面章节已经讨论过的更加可怕的行刑方式。但死刑在圣经时代是非自然的，在古雅典和古罗马是非自然的，在现在也是非自然的。在整个人类时代中，杀害他人都是一种非自然的行为，在大多数宗教圣典中是被禁止的，但被伦理和神学诡辩术证明是正当的。认为传统支持死刑并不能否定死刑，这是一种血腥和贬低尊严的司法实践。

196

在绞刑架上，坚毅的谋杀犯没有让旁观者看到本应随之而来的不幸和反抗，从而赢得了人们的感激。在绞刑台上罪犯能够保留最后的人类尊严；而国家却不能。想象一下被博学的辩论对手如此热情的引用的马林·费勒的行刑过程。费勒是一位耄耋之年的公职人员，一位为威尼斯共和国兢兢业业服务多年的人。他曾经是一位战功显赫的舰队司令，一位成功的外交官，一位令人尊敬的地方官。因为他是一位性情暴躁的老人，已近 80 岁高龄，他的判断力显然已经减弱，他承认他自己阴谋颠覆威尼斯的国体。这些事实决不会是清楚确凿的，即使我们假设给他定罪的秘密的十人委员会(Council of Ten)作出的裁决是正确的，将这位老人斩首也是令人讨厌之举，一件玷污了威尼斯的公平的事情。范·登·哈格博士引述的死刑执行的事例反映的是这个共和国总督个人的尊严，而不是威尼斯共和国的国家尊严。

在脚注中，我的执拗的辩论对手再一次提到那些认为死刑是"符合自然权利和自然法"的"传统的法律理论学家们"。对于范·登·哈格博士而言，时间和思想一直停留在遥远的过去。我展望的是 20 世纪和未来的前景。我们需要更多的艰苦思考。我们需要谦恭的思考我们的先辈传下来的原理，但我们没有必要局限在他们运用这些原理的框框套

套之中。割耳之刑确实是一种惩罚盗贼的可怕方法，我尊重范·登·哈格博士否定这种丑恶刑罚的观点。故意的杀害罪犯也是可恶之举，我希望辩论对手承认，虽然他认为此举是必要的，但此举同样是丑恶的，而人们无论采取何种形式。

2. 对于区分不同的谋杀犯以科处不同刑罚的问题，我反对法官和陪审团对谋杀犯作出的区分，将他们分为需要判处死刑的谋杀犯和无需判处死刑的谋杀犯。所有的故意杀人行为都是错误的，对不同的故意杀人行为作出区分就会引入有损道德的、人为的、有成见的考虑因素。特别应当反对的是，法庭的裁决可能并且经常受到公众情绪的影响，或者可能取决于参与案件的律师的相对有效性。当被告的生命危如累卵时，在如此关系重大的谋杀罪审判中竟然渗入了一种人为的相对主义观念。197 很多精微纤细的区分，如果我们将故意杀人罪的刑罚限定为终身监禁，这些区分将会消灭。

3. 如果范·登·哈格博士能够从我的言语出推断出我相信"理解一切就是宽恕一切"，那么他就能从任何人的主张中推断出任何观点，无论他们的主张是怎样的清楚。我在本章最后的回应中已经表达了我对伦理相对主义的厌恶，并且我认为我在此辩论的其他地方对此的论述既是清楚的也是绝对的。将各种谋杀罪区分为卑劣性等级不同的做法，不能使人们摆脱这种伦理相对主义的圈套。我坚信必须绝对禁止一切故意杀人行为，对故意杀人者强制科处终身监禁的刑罚，将其置于国家控制之下，大多数刑罚将在监狱中执行。[34]

4. 我敏锐的辩论对手发现了残酷性和恐怖性之间的区别，并以这种思考方式支持约翰·斯图尔特·密尔关于死刑的观点。他有了一个观点并且他欢迎这种观点。如果恐怖性真的比残酷性更具威慑力，那么密尔的观点并没有明显的体现此点。密尔关于死刑的观点是基于利益观

〔34〕 实际上，斯特尔太太写道，"*Tout comprendre rend trds indulgent*"，或者，"理解任何事使人变得非常宽容(*To understand everything makes one very indulgent*)"。没人知道不知是谁改变了这个句子，使之成为了"*Tout comprendre, c'est tout pardonner.*"但我希望范·登·哈格博士认识到，原谅一个犯错的人与宽恕他所犯的错误这两者之间存在着巨大的差别。

的和功利主义的。他认为，当谋杀犯能被绞死时，没有任何理由对这些人科处终身监禁。

我赞成范·登·哈格教授的观点，他认为死刑并不是比终身监禁更为轻缓的刑罚，但我怀疑我的让步是否可以平息他的辩驳。

5. 我们都希望不被杀死。这能证明死刑的威慑比终身监禁的威慑更具有威慑力吗？我们所有人都不希望被关入牢笼，对于那些见过生活在监狱铁栅里的男女犯人的人来说，设想到将会在如此受限的环境中度过余生，这将是多么令人痛苦的事情啊。就我看来，最悲惨的囚徒是那些从他们囚室中的日常生活中寻找到了一些满足的囚徒。

范·登·哈格教授的证明方法实际上是古怪的。似乎他认为，当场被捕的罪犯会向持有手枪的武装警察投降，这个事实表明了死亡的威慑要大于终身监禁的威慑。那么罪犯还能做出其他什么选择呢？如果他掏出枪向警察射击，正如一些人做的那样，他几乎确定无疑地会丢掉性命——大多数人都这样丢掉了性命。投降罪犯本能地知道他丢掉性命 198 的机会很小。畏惧死亡对他作出投降决定起了部分作用，但我们无法确证这个事实与电椅和终身监禁的相对威慑力之间是否存在联系。

欧内斯特·范·登·哈格：

我必须重申康拉德没有经受住我的反驳，“大多数宗教的圣典”，绝对没有禁止死刑，而是鼓励死刑。圣经一再规定了死刑。“圣典”禁止的仅是杀害无辜的行为——以及禁止对做出如此行为的人不科处死刑。对康拉德教授而言，无辜和罪恶之间的区分并不重要，或者说其重要程度不足以证明死刑的正当性。对我而言，这种区分正如生与死的区分那样重要。

关于马林·费勒案：奇怪的是，康拉德写道，“即使我们假设给他定罪的秘密的十人委员会（Council of Ten）作出的裁决是正确的……”。作为威尼斯执行机关的十人委员会并不是秘密的，虽然它的议事程序是不公开的，这在 14 世纪是常见的，这在现在的行政决策中也是常见的。在费勒案中，由于责任显得过于重大，依照宪法规定的审理此类案件的程

序，委员会另外增派了12位贵族的参与进来。其他的参与者不包括公职人员。费勒并未受到刑讯逼供或者刑讯的威胁。他对自己的罪行供认不讳。无论如何，颠覆国体的阴谋体系使他的参与行为表露无疑。尽管如此，康拉德还是对威尼斯的审判表达了不信任——也许是因为他没有出席？或者是因为美国宪法条文没有在该审判中得到运用？（但那时美洲都还没有被发现，它的宪法是数百年以后的事。）或者是因为康拉德不信任科处他不赞成的刑罚的任何审判？附带提及的是，不是仅有一两句话描述了威尼斯审判的特别公正性。马林·费勒出身于威尼斯最古老的贵族家族中的一个；他曾是"十人委员会"的成员。可是，那些之前不久选举他为共和国总督的他的贵族同胞们，在发现他犯有叛国罪时毫不犹豫的将他判处了死刑。他承认了对他判决的公正性，由此重新拾回了他的尊严。他是唯一一位被判处死刑的共和国总督。*

199 康拉德坚持认为"将这位老人斩首也是令人讨厌之举，一件玷污了威尼斯的公平的事情"。我不能理解这是为什么。因为费勒年老？（如果不是这样的话，为什么要提及这点？）如果费勒年轻的话，是否康拉德会更赞成对他判处死刑呢？康拉德教授没有片刻想到，如果不对叛国的总督判处死刑，那么就会鼓励将来的总督们背叛他们的信念。而正是这样做了，才使这种情况没有再发生。威尼斯共和国，作为一个寡头政治执治团国体的国家，在周遭国家流行专制政体的环境中存在了将近1 000年。我希望美利坚合众国也会持续如此之久。

约翰·P·康拉德：

让我对这些问题再稍微作进一步阐述。

1. 我说世界上各种宗教的圣典都禁止杀人。确实，在《旧约全书》中规定了各类嗜杀的刑罚，当然除了对谋杀犯判处的死刑以外，这些刑罚中没有一种被今天的我们接纳适用于惩治犯罪。我说的是在现在杀人

---

* 顺带提及的是，就同时代的水平而论，威尼斯的司法是宽容和仁慈的。不像其他所有欧洲国家，威尼斯没有烧死过任何一个异教徒。

甚至是杀死谋杀犯都是错误的，而无论《利未记》和《申命记》的作者认为什么样的刑罚对他们那个时代来说是必要的。值得注意的是，穆斯林法理学家尽可能依照字面意义解释《可兰经》以避免死刑在任何地方被科罚。只有象伊朗的阿亚图拉（ayatollahs）和沙特阿拉伯的君主那样的信仰正统派伊斯兰教的人才选择对穆罕默德的训诫进行松散解释。同样的，我被告知犹太法典中充斥着规避《旧约全书》规定的方式——认为科罚死刑是国家霸占了仅属于上帝的权力，这要远远早于"自由主义"的思想。

2. 在我读到马林·费勒的故事后，相信十人委员会杀害了一位性情暴躁和行事糊涂的老人，而忽视了他的悔改因素和之前为国家作出的巨大贡献。当我读到我爱考究的辩论对手关于此事件的观点时，我在想他是否愿意看到我们自己的公职人员因为重罪和轻罪而受到如此这般的处置。

我认为范·登·哈格博士相信将马林·费勒斩首的过程是体现死刑如何被尊严地执行的一个范例。我阅读到的关于此事的历史资料是，在宫殿外威尼斯公民聚会的地方聚集了一大堆人。他们未被允许观看行刑过程，但当行刑完毕后，刽子手走到阳台上并挥舞着他还在滴血的剑，作为正义得到伸张的一个象征。在"时代不同，风俗各异（*autres temps, autres moeurs*）"的最大限度的容忍度内很多事情都是被允许的，但我不认为威尼斯审判是体现尊严的范例。我相信，无需罪犯无头的尸体里流出的血液的灌沃，美利坚合众国定会比威尼斯共和国更加亘久绵长。 200

欧内斯特·范·登·哈格：

康拉德教授问道，如果"我们自己的公职人员"犯了与马林·费勒同样的罪的话，我是否愿意看到他们受到费勒般的处置。我的回答是"是的"。[35]

---

〔35〕 马林·费勒威尼斯历史上唯一犯罪有如此罪行的人。在我国历史中唯一与之稍微相似的是亚伦·伯尔（Aaron Burr）案。

第七章附录

201 **欧内斯特·范·登·哈格:**

让我对在美国发生的谋杀案的数量作一个注解。正如所示,官方统计每年发生的谋杀案数量有近20 000起。但是,实际发生的谋杀案数量远远超出这个数字。大量"失踪人员"未被作为谋杀案统计,因为他们的尸体未被发现或未经确认,或者死亡的原因未经正确或最终确定。但毫无疑问,很大比例的这类"失踪人员"都是被谋杀的。其他一些谋杀案的受害者甚至都不会被统计为"失踪人员"。[36]

还要注意的是,现在谋杀案造成的实害结果要比过去少得多,这是由于医疗技术的进步,它降低了杀人案的犯罪率。将这种犯罪率降低归功于刑事司法体制或归于潜在杀人犯的减少是对此事实的误解。医生能够挽救大部分受害者的生命,或者使伤口更少的受到感染,使得杀人案的犯罪率降低,这不是因为实施谋杀的谋杀犯变少了。

人们可能会推断,在美国实际发生的和谋杀案和未遂的谋杀案远远比我们编制的统计表中列出的数据要增长得要快。作为一部分杀人案的法律结果的死刑判决和死刑执行的减少数量已经远远超出了一般人的设想。即使我们每月执行 100 例死刑(我们现在执行的死刑数是每年 0 – 5 例),我们总共也只可能对每年实施了谋杀和被判谋杀罪的罪犯总数中不到 5% 的人执行死刑。

约翰·P·康拉德:

根据 1981 年的《统一犯罪报告》,美国发生了 22 516 名谋杀案和非 202 疏忽杀人。(比 1980 年下降了 2.3%;我并不想那么急于讨论在这个几

[36] 这里指的是该年被谋杀的游民,或者通常是离家出走者的案件。

乎无人被执行死刑的年份中这个数案表明的意义为何。)范·登·哈格教授相信,实际应当存在更多的被定罪的谋杀案以及比这还要多的预谋谋杀案,但由于医疗和手术因素的介入而使这些案件被改变性质。我不能确定他是如何看待这些额外的杀人案和被改变性质的杀人案的,或者他是如何推想死刑能够有效的减少杀人案的发生频次的。他主张的每个月执行100例死刑的措施,必定会使得报纸被死囚区里待决罪犯的名单所填满,也会使得刽子手整日劳顿。我们只有企盼美国民众具有足够坚强的忍耐度,在月复一月的血腥日子中容忍所有这些屠杀,但我希望这不要成为现实。



▼
▼
▼
第八章

歧视与公正

203

欧内斯特·范·登·哈格：

现在让我们来考查宪法第8修正案使用的措词本身。它禁止残酷和异常的刑罚，而不是残酷或异常的刑罚。因此，一种刑罚必须既残酷又异常才是不合宪的。宪法的制定者是想要将异常的刑罚宣布为不合法，如果这种异常的刑罚是残酷的话。而不是将残酷的刑罚宣布为不合法，如果这种残酷的刑罚是常用的话。一种刑罚必须是新奇的（异常的）同样也是残酷的才是违宪的。死刑几乎不符合这些标准。无论死刑残酷与否，它都不具有第8修正案意义上的"异常"性。[1]（第8修正案规定的异常还有另外一层意思。）

那么，在何种意义上能将死刑视为残酷的呢？残酷具有两种可能的法律含义。首先，这里的残酷指的是不均衡（disproportionate，又译"不成比例"），要么是相对于罪行的严重程度来说不均衡，要么是与相对于其他刑罚的严厉程度来说不均衡。我们说将死刑适用于扒手或盗窃汽车者是残酷的，这里的残酷就是这种含义。但将死刑适用于谋杀犯则根本不能被认为是不均衡的。

---

〔1〕 显然，宪法的意思并不是说，法官可以首先通过阻止死刑的科处而使它变成异常的刑罚，然后再宣布死刑已经变成了异常的刑罚并且现在是违宪的。

法院已经宣布对除谋杀罪之外的大多数犯罪如强奸罪适用死刑是违宪的,因为它这是残酷的。[2] 法院本来应当将判断一种犯罪是否严重到需要适用死刑如此严厉的刑罚的问题交给立法机构来决定。我虽然不赞同法院的论证理由,但我赞同法院的结论,因为下面这个被法院遗漏了的理由。如果我们用死刑来威慑强奸犯的话——无论这被人们认为是何等的罚当其罪,或者是如何有效的一种威慑强奸的措施——我们都无异于是在促使强奸犯杀死他们的被害人。因为强奸犯可以通过此举消灭一名目击证人而无须承担更严厉的刑罚:如果他被抓获的话等待他的反正都已是死刑。这是只将死刑作为威慑谋杀罪的刑罚的一个充分的理由(当然另外还存在一些例外情形)。 204

残酷的第二种含义涉及到科加不必要的痛苦,以及科加不是为了或不可能达到可以使行为正当化的理性结果的痛苦。因此,为了获取食物而杀死动物不能被认为是残酷的,但为了取乐而折磨动物则被认为是残酷的。给予可以引起的苦痛治病良药不是残酷的,但不是为了正当目的例如不是为了他人健康而造成痛苦则被认为是残酷的。刑罚就意味着令人不快,而死刑则当然是最令人不快的刑罚。但它具有理性的目的:为了表明谋杀是最恶劣的、因此也是应当受到最严厉惩罚的犯罪;为了表示谋杀罪与其他可处监禁刑的犯罪具有不同;为了显示由不同种类的、不连续的刑罚体现出来的刑罚的不连续性;以及,最少,为了威慑和遏制他人实施谋杀罪。这些目的似乎是理性的;至少其中的一些是这样,而我们仅仅只需要一个理性目的。为了实现这些理性的目的而动用死刑作为手段似乎同样也是理性的。在我们的刑罚体系中,设定的刑罚越严厉,犯罪就越严重。以这个角度来看,对谋杀罪科处死刑是非常理性的。

有人可能会反对说,我们不能确信死刑是否比其他刑罚例如终身监禁具有更大的威慑效力。但这个问题对所有刑罚来说都是存在的。我们也不能确信 15 年监禁是否比 10 年监禁具有更大的威慑效力。但推

---

〔2〕 *Coker v. Georgia* (1977).

想更严厉的刑罚具有更大的威慑效力这似乎是一个常识。1000 美元的罚金肯定会比 10 美元的罚金、2 年监禁的威慑肯定比 2 个月监的威慑禁更能阻止人们违反法律。也许人们会认为其他刑罚的威慑效力是逐渐缩减的或者甚至没有威慑效力。但没人能够令人信服的证明死刑的威慑效力是逐渐缩减的或者甚至没有威慑效力的。除非这个问题被证明，从威慑的视角来看，我们就不能称死刑是非理性的。从一个报应主义者的视角——康拉德先生的视角来看——甚至这样的证明都是不必要的。只要死刑被认为是罪有应得的，它就仍然存有道德上的正当性，而不是残酷的。

无论如何，宪法没有规定要求刑罚必须证明有效性，没有规定不具有效性的刑罚会被认为是不合宪的。残酷的意思至多是指不均衡，或者形式上的非理性。它从来没有意指“不能证明有效性”（我们甚至不能在刑罚应被期望用于实现何种有效的目标这个问题上达成一致）。宪法 205 要求对任何人定罪必须通过“正当的法律程序”达到证据的超过合理怀疑的证明标准。但宪法对制定法律没有提出特定的证据要求。立法者能够——并且经常这样做——制定他们想要多愚蠢就有多愚蠢的法律。如果这些法律是明确的、不违背宪法的特定条款，它们就是合法的。并不要求法律具备有效性，也不要求法律是明智的。制定法律的事务完全交由立法者和选民来决定。

让我们现在来讨论宪法修正案中规定的“残酷和异常的”这个措词中“异常的”含义。它的一层含义是指“新奇的”（new），相当于“不平常的”（unaccustomed），这我们已经讨论过。另一层含义是指“罕见”（rare），或者稀少的（infrequent）。两层含义都共同包含了我认为是宪法该措辞的主要意思，明白地说来，即不恰当的或不合适的歧视。因为如果一种刑罚是罕见的、不平常的，如果它是稀少的，它将仅适用于一些罪犯，即那些因此而受到歧视的人，而不是绝大多数其他人，即那些受到优待的人，如果这种“异常的”刑罚比其他平常的刑罚要更为严厉的话。

“异常的”刑罚可能会歧视那些因为裁判者的全然任性的（capricious，又译“随意的”、“反复无常的”）或体系性的偏见而被科处这种刑

罚的人。这两种情形都违反了第14修正案,它要求对所有人平等的适用法律。异常的基本含义因此而变成了“不平等”(unequal);刑罚的罕见或不平常变成了完全与宪法相关的问题,因为它指的是对那些被科处异常刑罚的人的歧视。一些人或一些群体被挑选出来,这些人实施了犯罪而被科处了比实施了同样犯罪的人更为严厉的异常的刑罚。确实,至少在过去,这种情况发生在那些对白人实施了犯罪的黑人身上。

在目前的司法制度中,法官拥有量刑裁量权,因而对于相同的犯罪科处的刑罚各异,这取决于法官对于具体案件的考虑。如果量刑裁量权已被授予法官,任性科刑在所难免。尽管任性科刑的情况可以通过减少量刑裁量权的手段来使之减少,但这种情况不能在任何一个司法体系中被完全避免,因为在此体系中,警察、检察官、陪审团判断力对于逮捕、指控、控告、起诉、定罪、判刑中发挥着重要作用。由于这种不可避免性,在涉及到死刑案件时,其中的任性科刑问题当然要比其他案件中的任性科刑问题更为严重。查尔斯·布莱克(Charles Black)教授[3]已将这种原因作为他反对死刑的主要理由。

206 然而,没有证据显示现在对死刑的适用比开国者们在第5和第14修正案中规定死刑时更为任性随意。相反,每件事实都使人相信现在对死刑的适用比过去随意性要小。当然对于每起死刑案的上诉和复审要更多。在适用任何法律时一些随意性是不可避免的。如果这种情况会使法律违宪,那么实际上,我们除了不制定任何法律外别无它法来避免违宪,因为无论我们适用何种法律都不可避免的要违宪。在这种意义上,只有上帝才不是任性的。开国者们知道偶然性影响着一切人类行为,包括法律行为。但他们相信,这并不是要求我们要将对谋杀罪的处置交由上帝来决定。圣经当然也是支持他们的这种观点的。

即使承认歧视和任性现象是普遍存在的,但对我来说,这并不意味着二者可以成为支持废除死刑的理由。二者都不是死刑固有的属性;二

---

〔3〕 See Charles C. Black, Jr., *Capital Punishment*, New York: W. W. Norton and Co., Inc. 1974.

者也不以任何方式互相依存。二者都不是刑罚的特征而是犯罪人或犯罪人群体分布的特征。

试想一下，如果我们分配的不是死刑，而是工作负担，或者糖果。我们也会以随意的方式来分配它们：有人得到了大部分糖果，而另外的人得到的糖果则非常少；或者有人承担了大部分工作，而另外的人则不用工作——而这两类人在任何意义上都不应得到大部分糖果或承担大部分工作。我们还能更加有体系的进行差别对待。白人得到了所有的糖果；黑人承担了所有的工作。在对实施了相同犯罪的罪犯科处刑罚的情形与这完全相同——我们可能判决所有的黑人监禁刑所有的白人死刑，或者相反。[4] 这当然是错误的。但我们采取的补救措施是放弃糖果，或者工作，或者监狱吗？分配不公与被分配的对象——糖果、工作，或死刑完全无关——这些分配对象是分配的必备条件，或者是导致分配产生的基础。这是我们必须予以纠正的问题。因此，如果死刑被随意科处——并且在过去它一直是这样被科处的——我们必须保证它有将来不被不恰当的分配。这是我们已经完成了的工作。

的确如此，在当前多数被判死刑的人是穷人，并且绝大部分是黑人。207 但多数谋杀犯（实际上，是多数罪犯）也是穷人，并且绝大部分是黑人（谋杀案的受害者的情况同样如此）。人们因此完全可以预计到，多数囚犯包括那些死囚区里的囚犯是穷人，并且绝大部分是黑人。[5]

违法行为对于那些生活环境较好的人来说诱惑性较小。生活小康的商人或教师或牙医，不会受到抢劫商店并且在抢劫过程中杀死店主的诱惑。非常穷的人可能会受到这样的诱惑。但只有少数这些穷人成为了罪犯。贫穷并不必然导致犯罪；它仅使犯罪更具诱惑力。诱惑是能够并且一定能被抑制住的。法律就是意图去抑制受到诱惑的人。对于那

〔4〕 存在着一个假想，认为对黑人判处监禁刑的情况更为普遍，或者判处的监禁刑更为严厉。但《美国社会科学评论》（*American Sociological Review*）上的一些文章显示这种存在偏见的假想毫无根据。

〔5〕 绝大多数优秀的棒球运动员和拳击手也是黑人。我觉得这不能被认为是一种针对白人的歧视。绝大多数的囚徒是男性。我觉得这不能认为是针对男性的歧视。

些没有被诱惑人来说法律是多余的。因此,多数被控犯罪的人来自穷人群体并且很多人都是黑人,这个事实并不表明存在着歧视。它表明的是穷人和黑人更容易受到犯罪的诱惑,并且他们中相当比例的人确实实施了犯罪。

约翰·P·康拉德:

我的辩论对手再次试图显示在"第 8 修正案的意义上"死刑不可能是残酷或者异常的。我们仍在讨论有关死刑的宪法问题,正如在上章一样,范·登·哈格博士认为宪法没有做出任何禁止死刑的规定。他的观点是宪法必须严格依据宪法制定者们所处的时代的标准予以解释;如果发现了对于立法权的限制,我们必须要修订宪法或者求助于其他立法补救措施。

在第 7 章对范·登·哈格博士作出的回应中,我引用了联邦最高法院的裁决,以说明需要对宪法根据社会经济的变迁而进行连续不断的解释这个原则。实际上,宪法是由设计好的用以指引政府的行政、立法、司法活动的原则组成的实体。正如诸如"正当的法律程序"、"言论自由"、"州际贸易"这些术语在意义和重点上都发生了改变一样,我们也要将禁止使用"残酷和异常的刑罚"视为指引国家的一个原则。它不是一条仅对无关现代立法的古代刑罚加以禁止的呆板禁令。

208

如果我们在 20 世纪晚期的习惯和价值观的环境中来适用禁止残酷和异常的刑罚的宪法条文,我们必须考虑这些术语对于我们而言其含义是什么,而不是考虑这些术语对于帕特里克·亨利(Patrick Henry)这位坚持在权利法案中明确确立这项禁令的维吉尼亚的首倡者而言其含义是什么。正如沃伦首席大法官(Chief Justice Warren)在特罗普诉杜勒斯案(*Trop v. Dulles*)[6]中暗示的那样,我们的尊严标准已发生了改变,我们的社会也变得成熟了,虽然也许还达不到我们中的一些人预想的那种程度。现在宪法修正案中这项禁令适用的情形对于宪法的制定者来说

---

〔6〕 *Trop v. Dulles* (1957),356 U.S. 86.

是未曾经历过的。既然我们接纳了残酷和异常的刑罚是受禁止的这项指引,为什么我们不依靠联邦最高法院来解释这个术语,而要依靠可能妨碍对宪法进行进一步修正的东西呢?

法院和批评它的人都对运用第8修正案来治理野蛮的监狱状况缺乏自信。在东欧对持不同政见者的蛮横处治可被第1修正案所禁止,但即使第1修正案不能禁止这种情况,第8修正案也能禁止索贞里廷(Solzhenitsyn)在《古拉格群岛》(*The Gulag Archipelago*)一书中描述的那种情况。在国内,联邦法院已经认定,诸如在阿拉巴拉州[7]、罗得岛[8]、科罗拉多州[9]、德克萨斯州[10]的监狱里发现的情形是属于第8修正案规定的残酷的情形,这些认定涉及到了变化的民主标准的因素。许多持老旧政治观点的人抗议道,拥挤的、虫蝇遍地的、污秽不堪的监狱正是囚徒应得的处罚,但通常的观点认为,存在着一条文明的国家不能逾越的监狱污秽程度的界限。在保证监狱严厉性的情况下维持监狱的清洁和体面这是完全可能的。法院正确的认定,如果各州想要保有监狱的话,他们就必须维持这样的标准。

上述联邦法院的观点中隐含的意思是,尽管宪法的制定者对于我们自从19世纪早期以来使用的监狱没有任何认识,但第8修正案的内容应当包括监禁刑这种刑罚。宪法的制定者考虑的仅仅是罚金、过多的保释金和19世纪通行的各种肉刑。我们是否能够如将第8修正案适用于监狱一样适用于死刑呢?如果不能的话,为什么不能呢?如果能的话,如何解释"残酷和异常的刑罚"以使其能够得以适用?在我的回应的下一部分我将解决这些问题。

---

[7] *Pugh v. Locke*,406 F. Supp. 318; see also *Newman v. Alabama* (1976),559 F. Supp. 2d. *Certiorari* denied,98 U. S. 3057.

[8] *Parigiano v. Garrihy* (1976),443 F,Supp. 956.

[9] *Ramos v. Lamn* (1979),485 F. Supp. 122. Affirmed in part and remanded in part, 10th Circuit Court of Appeals (1980),639 F. Supp. 2d. *Certiorari* denied,101 U. S. 1259.

[10] *Ruiz v. Estelle* (1981),503 F. Supp. 1265. Execution stayed,5th Circuit Court of Appeals,650 F. Supp. 2d,555.

如果不能的话，为什么不能？

虽然范·登·哈格博士是一位宪法严格解释主义者，但他似乎认为死刑具有一些理性的目标，这些目标在18世纪哲学家的时代还没有出现。这些理性的目标由下列目的组成： 209

1. **为了表明谋杀是最恶劣的因此也是应当受到最严厉惩罚的犯罪**。当然谋杀是最恶劣的犯罪（虽然我不能确信所有的18世纪的学者都赞成这个观点），并且我希望不要看到谋杀被认为是次于最恶劣的犯罪的那一天。但我们能够对谋杀罪判处长期监禁，或者不得假释的终身监禁，来表明其犯罪的极端恶劣性。

2. **为了表示谋杀罪与其他犯罪不同**。这是当然。人人皆知此事，死刑不会改变这种认识的特性，尤其是当人们知道了并不是所有谋杀犯都会被判处死刑时。还没有人能够想出一套规则来界定那些只能被科处死刑的谋杀罪和谋杀犯。

3. **为了显示由不同种类的、不连续的刑罚体现出来的刑罚的不连续性**。并不清楚范·登·哈格博士如何会认为其他犯罪是连续的，而它们与谋杀罪的却是不连续的。在几乎致命的攻击和盗窃价值50 000美元的钻石项链这两种犯罪之间，连续性存在于何处呢？在两种犯罪中幸免于难的受害人几乎都不能确立起相同标准以衡量这两种犯罪的恶劣程度。在谋杀是故意实施的而被害人生还了的几乎致命的攻击案，与谋杀不是故意实施的而被害人枉死了的一般攻击案，这两者之间最多只存在着极细微的区分，以认定它们两者不具连续性。如果要对不连续的犯罪适用不连续的刑罚的话，对于我们来说这种不连续的区分实在是太过细微以至于我们无从理解。

4. **为了威慑和遏制他人实施谋杀罪**。读者应当明白的是，我不想对此话题着墨太多。我已经在本辩论的其他地方论述过这个问题，不再赘述。

如果要依据第8修正案废止死刑，如何对其进行解释？

首先应当知道的是，死刑是一个时代错误，是仅能在各种肉刑中选择惩治严重犯罪的刑罚的时代的遗留之物，这些肉刑多数是对罪犯身体的丑恶的虐待。美国人除了保留死刑以外已经废除了其他所有肉刑；监狱的发明使得鞭子和烙铁成为多余和陈旧之物。旧时的刑罚体系中最轻微的刑罚的是上足枷和上颈手枷，然后是鞭笞，再后是用马拉曳着罪犯游街示众，死刑是严厉到顶点的刑罚。所有这些刑罚都能均衡的对应于犯罪的恶劣性，由此在这些肉刑和死刑之间存在着连续性。上枷锁的时间是可以计量的，用九尾鞭鞭笞的次数也是可以计量的，最多次数直至可以科处的痛苦的极限。如果鞭笞的最大次数对于所犯之罪的惩罚仍显不够，自然就要对其适用死刑。我们的祖先之所以能够容忍鞭笞刑、烙刑、毁损肢体刑这些刑罚，是因为他们想不出不那么令人厌恶的方法来责难犯罪并遏制潜在的犯罪人，但是时移事易，在现在监狱已被公众认可为一种可替代这些古老刑罚的得体的刑罚。

210

死刑的存在与减轻死刑执行方式残酷性和减少曾存在于死刑执行中的病态展示的措施相伴相随。在多数州我们认为，绞杀延长死亡前痛苦的可能性太大；电椅和毒死室被认为是残酷性较小的执行方式。甚至这些死刑执行的方式引起了一些官员的注意，最近，一些州已经立法倡导采用毒针注射的方式来执行死刑；罪犯被用某种麻醉剂“致眠”，以确定无论是临死过程中的罪犯还是看到死刑执行的人都不会感到痛苦。

我认为残酷性不能被如此简单的根除。对于死刑痛苦的关注在更大程度上是为了死刑行刑人和见证人的利益着想，而不是为了减轻被执行死刑的罪犯的痛苦。在绞架上被绞死或在电椅上被电死经历的痛苦不会太大，但展示此类死刑执行可能会招致人们的厌恶。事实上多数人都不喜欢肉刑的理念，无论我们怎样简单的用罪犯“通过领受极刑偿还了他欠社会的恶债”这种暗喻的手法来表述死刑这种肉刑。

无论国家会选择何种死刑执行方式，真正的痛苦是对死刑执行的漫

长等待。这才是死刑区别于其他任何刑罚的地方，在死刑执行前存在一段漫长的被孤独的禁闭的期间，在此期间内罪犯能够尽其所能的采取孤注一掷的措施，以推翻定罪、重新审判、州长批准替刑，或者延缓执行。最终，死亡在某时就会到来，这往往不是由命运决定的而是由官僚决定的，由不可抗拒的原因决定的。身处此种困境中的人欲求速死，这就不令人称奇了。

至少，我们已经足够成熟，不愿再公开执行死刑，而这在美国和英国都曾存在。当有人提出公开执行死刑可能会增大威慑效应时，死刑保留论者总会心神不安，现在死刑执行可以通过电视传播的方式令数以百万的人知晓。对于这样的做法争议激烈。对此，如果有一天电视播放死刑 211 执行过程已成常事，这将会激起一些观众对于受死罪犯不应有的同情，而同时也会刺激置身这些场景中的另一些观众产生狂暴和不适当的轻率。很难确定人们对公开行刑的哪种反应更为有害，但是死刑保留论者通常认为，秘密的执行死刑能最好的维护社会秩序。

问题在于，死刑通常被认为是残酷的。一些罪犯能够激起人们的同情是因为在他们的命运中隐含着某种生命的不幸和悲惨的必然性。而其他罪犯，象加里·吉尔摩(Gary Gilmore)一样，由于他们在接受命运时的虚假的刚毅而唤起了人们勉强的赞美。因为我们只注意到了少数带着病态魅力被执行死刑的罪犯，所以他们沐浴在我们的多愁善感之中而成为了反面英雄。要是他们被判处长期监禁的话，他们的生存必会被恰当的遗忘。但当他们被执行死刑时，无论他们是否追求，他们都被罩上了瞬间的罪恶光环。

死刑的残酷性决不在于其因为精细和绵长而欠缺真实性。死刑不能不是异常的；正如我在第 5 章论述的一样，我们不可能对所有的谋杀犯都科处死刑，我们也不可能发现一项规则借以判处部分谋杀犯死刑，因此对某些人判处死刑只能是歧视的象征。因为如果每年都有15 000名谋杀犯应被处死，但我们能够处死的罪犯却不能超过 150 人，或者甚至1 500人，我们其实是在向全世界宣布法律确实存在着歧视，运用了不是任何其他司法程序典型特征的任性决策程序。

任性裁判和死刑

将自由裁量的问题排除到刑事司法体系之外,这是不可能的。对于被告人的指控和个人承担的刑事责任的程度,应当允许减轻或加重幅度的存在。试图将自由裁量限制在某个极端仅只会使其走向另一个极端。

任性裁判是对自由裁量的滥用。令人无法忍受的行使自由裁量权的情况是不顾某个被告人罪行而极力偏袒他,或者相反,因为听信旁言或带有成见而不恰当地对其施于苛罚。对于这点,我相信范·登·哈格博士会赞同我的观点。

我们的分歧在于,我坚持认为在死刑案中存在着无法将之驱逐出这212 一致命游戏的特殊的任性源泉。现在,多数刑事案件是通过辩诉交易程序处理的,在辩诉交易程序中,裁决是迫于待判决诉讼时间表的压力,并根据双方对于案件审理结果的预计——即如果要适用审理程序则被告人是被定罪还是被宣判无罪——的估计和协商而作出的。但在谋杀案中的情形却不是如此。谋杀案比普通犯罪案适用审理程序的可能性要大得多。即便不适用审理程序而适用辩诉交易,可能对被告人适用死刑形成了迫使辩方接受较轻指控和较轻量刑的巨大压力。

无论死刑案件是由地方检察官还是经由审理程序处理的,对于被告人来说都是极其不利的。控诉方配置有警察机关和它自己的调查机构这些资源。不可避免地,新闻媒体会报导在法庭上展示的多数信息,有时甚至是更多的在法庭上不能展示但不论真假都能被广泛散布的信息。被告人一般只能依靠公共辩护人或者指定给他的辩护律师。如果该案需要搜集更多的信息,如果需要确证和寻找更多的目击证人,对于辩方来说得到这些资源并不如检控方那么容易。如果运用辩诉交易程序解决案件,被告人将处于毫无希望的不利境地。如果经由审理程序解决案件,这种不利形势将会更加严重。即使是在被告人拥有必要的资金来聘请具有辩护技巧的私人律师的少数案件中,辩方能够找到可以与控诉方调查人员匹敌的自己的调查人员的情况更为稀少。

消灭死刑将不会消灭任性裁判，但随着死刑这种戏剧性的因素的排除，将不再存在影响被告人作出最佳辩诉交易的压力，无论辩诉交易的结果是否与其罪相当。完美的公正是难以达到的目标，但这不能成为人们放弃对该目标的追求的理由。

黑人和死刑

我们赞同，在美国黑人实施了绝大部分的暴力犯罪，他们因此在囚犯和被宣告有罪人数中占有相当大的比例。只要种族歧视还是我们社会中的普遍现象，例如黑人占据了贫困阶层人口的绝大部分，我们就无法将它从国家事务中排除出去。

原则上，我甚至赞同辩论对手的观点，他认为，如果我们继续保留死刑，被判死刑的罪犯中绝大部分是黑人的事实也不能说明这是不公正的。但是抽象的公正(abstract justice)，无论在统计上显得如何公平，都是与感知的公正(perceived justice)不同的。大量的黑人被判处死刑，会被黑人感知到并视为刑事司法运作中与生俱来的不公正的必然结果。213 这种不公正感会激起对应具有普适性的刑事司法的反对。很难相信死刑会存在任何范·登·哈格教授所宣称的收益，能够抵消因其对黑人的科罚而造成的不公正的敌对感。在每项统计黑人对于死刑看法的民意调查中，这种不公正感都体现的相当明显。国家有色人种进步协会(the National Association for the Advancement of Colored People)认为，死刑在适用中不公正地对待了黑人被告人，这种对于死刑的坚定观点一直以来都是它的既定方针。

范·登·哈格教授确信，所有可能存在的不公正都能被驱逐出司法体系。我不赞成这种观点；在刑事司法中总会存在足够的自由裁量而为滋生不公正留下空间。甚至在辩论对手所满意的抽象公正得到了实现的地方，不公正仍然会被那些经历了与黑人罪犯同样不利的遭遇的人们所感知。私刑留给我们的记忆仍然清晰。社会不公与刑事审判不公之间的联系太过于强烈，即使人们对于法官如此睿智正直，不会容许反复

无常，确定会进行最适当的刑罚分配等充裕的信心，都无法将这种联系从脑海中驱散。

欧内斯特·范·登·哈格：

康拉德教授继续了他更为狡猾的混同，或者说是混淆，他混淆了两种情况之间的区别：一种情况是将第8修正案中禁止“残酷和异常刑罚”的规定适用到新的和变动的情况中——这是联邦最高法院的一项合法任务，正如将所有的宪法条文适用到新的情况中一样；另一种情况是改变第8修正案的含义，以使其似乎可以禁止它从未打算禁止的事项。死刑不是一个新的情况，第8修正案没有打算要禁止它。死刑不是对新的犯罪或者发生在新的情况中的犯罪科处的刑罚。有关死刑的唯一的新情况是，甚至可以根据康拉德教授的说法，是我们（这里的我们指的是康拉德教授和他的朋友）比宪法的制定者更少的喜欢死刑，或者用傲慢的术语表述，即“演进的标准”（康拉德教授的术语）拒绝死刑。

214

即使有宪法的明确授权，法院有权简单地宣布某一项法律不符合“演进的尊严标准”，虽然这些标准尚未被立法机关所接受，或者还没有被据说是产生该标准的人民所接受，而是由法院自己创造并定义的，我也不能从宪法中读出这样的意思：法院有权宣布自己不喜欢的州或国会通过的法律无效。

康拉德教授用监狱情况进行类推没有多大意义。他指出，法院认为一些州中的监狱情况是“残酷和异常的”并且因此根据“演进的尊严标准”来适用第8修正案。现在，我承认（虽然我有一些保留意见）法院对于监狱运作情况的干预是合宪的。但监狱的情况与死刑没有类似性。法院不能废弃监狱。他们仅能要求监狱符合既定的宪法标准。在现在，法院主张扣留囚犯必需的东西例如青霉素是违宪的，这种做法是正确的。当然，在1791年情况并不是如此。那时青霉素还没有被发明。但是医护标准而不是宪法的解释已经发生了变化。囚犯有权依据当前的医疗标准接受诊治，一贯如此。营养标准、卫生标准、教育标准也都已发生了变化。法院在由这些变化造成的新的情况下适用第8修正案。虽

蝇遍地在1791年可能是可以容忍的，但现在不是，因为我们享有发明创造带来的利益，拒绝将这些给予囚犯是残酷的。囚犯也有权享有当前的卫生标准。

但什么会使这些与死刑发生关联呢？自从1791年以来死刑在哪个方面变得更“残酷和异常”了呢？我们是否已经成功的禁止了对其他人适用死刑？是什么变化使得死刑比1791年更少让人接受？在我看来，发生变化的只有死刑废除论者的道德观念。他们确有资格来劝说我们接受他们发掘的新的标准（附带说明的是，不是所有的新标准）。但他们必须说服他们的同胞市民改变他们的道德观念投票反对死刑。试图通过重新解释宪法的方法骗得废除死刑这种改变，既是不民主的，也与宪法的精神和字面含义不符。 215

康拉德教授正确地指出，我们运用相同的监禁刑来惩处非常不同的犯罪——例如，盗窃、人身侵犯等。毕竟，仅有三种刑罚是我们可以运用的：罚金、监禁、死刑。没有任何理由进一步减少这些刑罚种类。不同种类的犯罪通常不能用不同种类的刑罚来反映的事实，当然不能意味着不同种类的刑罚永远不应反映不同种类的犯罪。谋杀罪与其他犯罪具有如此大的差别，如此恶劣的行为性质，以致它应当受到完全不同的刑罚的惩治。极其恶劣的犯罪当处极其严厉的刑罚，因为这些犯罪远比其他犯罪更加可憎。

康拉德教授认为，我们的祖先对罪犯科处肉刑仅仅“是因为他们想不出不那么令人厌恶的方法来责难犯罪并遏制潜在的犯罪人”，而“监狱的发明使得鞭子和烙铁成为多余和陈旧之物”。简言之，我们是聪明和得体的，而我们的祖先既不聪明也不得体。我不认为我们的祖先使用肉刑“是因为他们想不出不那么令人厌恶的”刑罚方式。而是他们不像我们这样拒斥肉刑带来的身体痛苦。这种改变与我们更加聪明或道德上更加优越无关，而与新的思想观念有关，这些新观念是由法国和美国革命倡导的，由那些世俗的事物，如能够使每天都要经历的痛苦得到极大减轻的麻醉药，的发明导致的。过去的人们生活在我们今天不能承受

的恶劣和不舒适的环境中。由此他们使用恶劣和痛苦的刑罚。[11]

自从古代以来，监狱，特别是强制劳役，就是众所皆知的。监狱不是新生事物，仅只是我们使用监狱想要达到的所谓的改造目的是新生事物。我们通过工业革命建立的发达的生产力使得我们过上标准更高、活得更长、更健康、艰苦更少、痛苦更少的生活成为了可能。我不认为任何这些变化能够说服我们废除死刑。人们通过制定新的反映公众可以接受的刑罚变化的标准的法律，而不是通过解释宪法的方式废除了肉刑，实际上，肉刑的废除使得用死刑来威慑谋杀犯变得比以前更为必要。我们不需要，并且我也相信，我们能够避免在死刑执行中造成肉体痛苦。痛苦不会使死刑变得更具威慑力——对于大多数人来说死亡就是终极 216 的恐惧。为此我赞同在死刑执行中避免肉体痛苦。但为何我们要允许一个故意不让他人活命的人活在世上呢?

康拉德教授反对我们对那些该当死刑的罪犯中的一些执行死刑。他使用了有点虚假的[12]数字来说明这个观点:“如果每年都有15 000名谋杀犯应被处死，但我们能够处死的罪犯却不能超过150人，或者甚至1500人，我们就是在向全世界宣布法律确实存在着歧视，使用了不是任何其他司法程序典型特征的任性决策程序。”但法律并没有使用任性决策程序。法院在根据法律规定的证据规则裁判被告人有罪之后，是根据有关杀人罪的法律中规定的更加精确的标准来确定被告人当处的刑罚的。根据这些标准，所有谋杀犯中仅有一些将被判处死刑。

在所有的法律程序中，各种因素和正义一样对于结果发挥着不可避免的重要作用。除非行为人被抓获，否则他也不会被判死刑，而他是否

---

〔11〕 有关肉刑的话题参见拙著 *Punishing Criminals*, New York: Basic Books, 1975, chap. 17.

〔12〕 恰好在这里也使用了“虚假”一词:康拉德为何要说加里·吉尔摩带着“虚假的刚毅”接受他的命运?为何要诽谤这位只有这么一小点地方可以引以为荣的死去的罪犯?吉尔摩要怎样做才能使他的刚毅不是“虚假的”?要他赞同康拉德教授吗?要他反抗对他的行刑吗?要他放声大哭吗?要他表现出恰当的绝望的神态?康拉德教授的这个词汇似乎显得麻木无礼和毫无根据。吉尔摩确是一个罪犯但他勇敢赴死，即便是在是否赞成对他判处死刑的问题上，康拉德教授对了而吉尔摩错了。

可以被抓获往往依靠的是机会因素。除非行为人被判决有罪，否则他也不会被判死刑。而他是否被判有罪，依靠的也是机会因素——例如，刚好目击证人在场目睹了犯罪，或者目击证人的背景（如果他们也是重罪犯，他们的证词可能会不被听信），发现或未发现被害人的尸体，并且，最少是陪审团对证据的评估（不同的陪审团依据自由心证可能会得出不同的判断结果）。已作必要的修正（*Mutatis rnutandis*）——这个规则对于所有犯罪来说都是适用的，而不是仅仅针对极其恶劣的犯罪。实际上，所有的犯罪中仅有一些被实际科处了刑罚或者监禁刑，而不是只有死刑如此。人类的正义是人性的，因此也将会受到影响其他人类事务的机会因素的影响。没有任何理由放弃我们的法院体系或者刑罚体系，包括死刑在内，我们仅能抓获部分罪犯并惩罚部分罪犯，而不是所有罪犯，但惩罚部分罪犯总比不惩罚任何罪犯要好。我们不是故意要对那些我们逮捕的、定罪的、或判刑的和那些以各种理由逃避刑罚的有罪之人作出区别对待。我们应当尽最大的努力尽可能多地惩罚他们。对于追求正义来说，取法乎上，乃得其中，如果我们追求完美的正义我们将会得到近乎完美的正义。如果我们废除了刑事司法体制，我们将会使社会被各种犯罪接管。我想康拉德教授并不是真正希望得到他所暗示的结局。

康拉德教授显然认为，在谋杀案中比在其他案件中，更多地避免使用辩诉交易程序，而更多地使用审理程序，我不赞同这种观点。如果情况确实如此的话，我将不会提出反对意见。大体上，我认为审理程序比辩诉交易程序更为可取。当控诉方和辩护方之间存在着不能协调的意见时，不能达成任何交易，案件就会经由审理程序解决。如果案件解决存在更大的公开性的话，为被告人辩护的律师总会喜欢审理程序：这对他来说是有利的——可以获得名声，虽然这对他的当事人来说无关紧要。即便如此，在大多数州，所有案件中少于 10% 的案件是通过审理程序解决的。当辩护交易发生时，就会减少对被告人的控罪以避免适用审理程序。否则的话被告人将不会有兴趣来答辩控罪。被告人通常会提出比若经审理程序被确定有罪后他可能得到的刑罚更轻的刑罚。迫使交易达到的原理同样如此。因此，康拉德教授反对辩诉交易的理由并不 217

能象适用于其他案件一样适用于死刑案件。因为在死刑案件中,如果交易达到,死刑就不会被科处。但我不反对对所有的死刑案适用审理程序。辩诉交易往往会受到指责,但是,如果没有辩诉交易我们的司法体制是否能够或者可能继续运作,这是一个备受争议的问题。[13]

康拉德教授也觉得在死刑案件中"被告人身处毫无希望的不利境地"。我完全不赞同这个观点。如果康拉德教授所言甚是的话,每年将会有多于20 000名的谋杀犯被执行死刑或者至少被判处死刑。但检控方的上诉受到了"双重危险"这一宪法条款的限制(the double jeopardy clause of the Constitution),它禁止对任何已经审判未被判决有罪的人进行复审。辩护可以无限提出上诉,其也是这么做的。我不知道有哪起死刑案件被告人在走完所有向州法院提起的救济程序后,没有以涉及宪法问题为由向联邦法院上诉的。有些定罪证据,如被告人没有被告知有权获得律师帮助而供认罪行的证据,或者通过无证搜查或有证搜查但搜查证是不正确的作出的这些搜查而得到的间接证据,是不能提交给陪审团用作裁判根据的。当然也不能在法庭上得到承认。即使这些证据能够表明被告人有罪的结论超出的合理怀疑,检控方也不能运用它们。申言之。关键问题不是被告人是有利还是不利,而是陪审团的裁决是否正确公正。康拉德教授没有论述那些被告人所处的"毫无希望的不利境地"导致了有罪判决的不成立的案件。如果他们未被判有罪,这些不利境地就不能成为问题。

218

约翰·P·康拉德:

范·登·哈格教授在本章对我的反驳进行回应时,他的观点覆盖着一层由误解和枝节问题编织的厚厚的外套,对此我必须予以移除。我将尽量简短地进行论述。

1. 读者可能会被误导认为演进的尊严标准这个术语是我创造的。

---

〔13〕 对于辩诉交易的利弊所言甚多。但在不同的论著中:比起它与人室盗窃和监禁刑之间的关系来,它与极其恶劣的犯罪和死刑之间不存在多大(和多少)关系。

但它不是。它是沃伦首席大法官(Chief Justice Warren)提出的,但它的思想理念可以追溯到麦肯纳大法官(Justice McKenna),他在威姆斯诉美国案(*Weems v. United States*,1909)中写道:"第 8 修正案是不断发展的,它禁止的不只是 1689 年和 1787 年人们知晓的残酷和异常的刑罚,而应随着公众观念变得文明而根据人类正义的观念吸纳了更为广泛的含义"。[14]

我能肯定,我的苛刻的辩论对手将会回应说,我国这个国家的公众的观念还没有变得如此文明以致可以出于假设的利益的考虑而废除死刑。他可能是正确的。我在此辩论中的目标之一是着重强调麦肯纳大法官预见的带给我们的启迪。

2. 范·登·哈格教授认为(带着一些他没有言明的保留意见)法院根据第 8 修正案的授权而干预监狱运作是正当的,因为医护标准、营养标准、卫生标准、教育标准从 1787 年以来已经发生了变化。

刑罚的标准也发生了变化。正如我在本章第一轮回应中通篇强调的一样,美国 18 世纪的刑罚基本上是肉刑。社会允许颈手枷、老虎凳、鞭子、有时还有割耳朵和豁裂鼻孔这些刑罚的存在。这些肉刑的极端就是绞死。

监禁刑是在 19 世纪成为标准的刑罚的。第一座美国监狱是费城的沃那特街监狱(Walnut Street Jail),它在 1790 年关押了第一名囚犯。这个范例并没有得到推广,直到完全进入 19 世纪。从那时起除了死刑之外的肉刑逐渐消失了。它们不再被社会允许,甚至管教囚犯的纪律也不允许使用肉刑,而死刑也在 14 个州中被废除,虽然它没有带来明显的坏的后果。在那时仍然保留死刑的州中,死刑也当然成为了一种不常用的刑罚。我的辩论对手请求更经常的使用死刑,这并不是出于必要性的考虑。我主张死刑是残酷和异常的这个命题是一个争点问题,根据麦肯纳大法官的意见,无论何时只要可能这个主张都应在联邦法院得到检验。联邦法院的开放的,它要求充分运用对抗程序来针对宪法议题进行辩

〔14〕 *Weems v. U. S.* ,217 U. S. 349.

219 论。让范·登·哈格博士的持死刑保留论的律师来反驳死刑废除论的观点吧,如果他们能够的话。

3. 关于我们的祖先严厉使用肉刑的问题,我的辩论对手提出了一些不那么令人相信的解释。他告诉我们,我们的祖先是优秀的人,他们仅仅是不憎恶那时经常使用的令人不快的刑罚手段,而这些是我们现在感到憎恶的。还有,因为麻醉药的发明,我们比起我们坚忍的先人来对痛苦更加敏感。还存在着一个"由法国和美国革命倡导的新的观念",虽然他没有解释这个观点是什么。

我已引用了詹姆斯·菲茨詹姆斯·斯蒂芬的解说,他解释说绞刑在18世纪对于某些犯罪来说是必要的,这些犯罪在19世纪不一定会被判处绞刑,因为在18世纪还不存在关押罪犯的监狱。詹姆斯爵士想要使他的观点过分简单化的倾向并不能使他的观点无效。然而,我应该赞同范·登·哈格博士的观点,认为法国和美国革命改变了许多观念。也许下列这个发生在17世纪的英国的例子能够说明这种改变。

约翰·伊夫林爵士(Sir John Evelyn)是一位英国绅士,他发现在保王党人和圆颅党人敌对的时候尽量多地待在国外是很合适的。在巴黎时,他用了相当多的时候来学习法国文化,包括司法体制的运作。在此期间他研究和旁观了对一个被怀疑抢劫的法国人的审问。在日记中他记录了他的观感:

> ……他们首先用一根或粗或细的绳子绑住他的手腕,绳子的一头缚在一个铁环上,这个铁环固定在离地四英尺的墙上,然后用一根绳子绑住他的脚,绳子的一头缚在另一个铁环上,这个铁环固定在离长他身长五英尺的房间的地上。因此,他被悬在空中,躺着但倾斜着,他们在绑缚他的脚的绳子下滑动一个木马,木马很硬,加剧了那个家伙关节的疼痛,最后超乎异常的拉长了他,他仅在赤裸的身份上穿了一条亚麻布内裤。[15]

约翰爵士在总结他的描述时承认"那种景色是如此的令人不快让我

---

[15] Virgina Woolf, *The Common Reader*, New York: Harcourt, Brace, 1925, p. 83.

一刻也待不下去”。这次审问是不成功的。这名嫌犯坚决否认犯罪，那是他被捕的理由，后来被遣送到国王的战舰上，生活在那上面的人平均寿命很短，新兵经常短缺。

一位体面的可敬的绅士为何能够忍耐如此的场景？我认为对于痛苦的忍受与约翰爵士的观察意愿毫无关系，我也不相信这不过是俗随时变的情形（*autres temps, autres moeurs*）。答案可以在亚历克西斯·德·托克维尔（Alexis de Tocqueville）的《论美国的民主》（*Democracy in America*）中找到。

> 当一个国家的人在地位上近乎平等，在思想和感情上大致一样的时候，每个人都可立即判断出其他一切人的所想所感；他只要很快省察一下自己，就足够做到这一点。他人的任何苦难他都不难发觉，一种内在的本能使他在苦难扩大的时候立即就可看到……在民主时代，很少有人为了别人而牺牲他们自己，但是，他们都有人类共通的同情心。他们不会给别人造成无谓的痛苦，而且在对自己没有大损害时他们还很乐意帮助他人减轻痛苦；他们虽不无私，但很仁慈。
>
> 美国人的这种特别温和的态度主要来自于他们的社会情况，这从他们对待他们的奴隶的态度上即可证明……[他们]仍然忍受着可怕的苦难，经常受到非常残酷的惩罚……这些可怜人的命运刺激了他们的主人但并没有感动他们受之产生怜悯之心……因此，同一个人对和他同时平等的同类极为人道，同时，而当这些人不再与他平等时，他便会对他们的痛苦无关痛痒。[16]

220

无论道德的发展到了何种程度，在我们对待酷刑的态度与约翰·伊夫林爵士或者我们同时代的阿根廷军政府对待酷刑的态度之间存在的

〔16〕 Alexis de Toequeville, *Democracy in America*, vol. 2, trans. Phillips Bradley, New York: Knopf, 1945, pp. 165 – 166.

差异，显示了尊严标准确实随着文明的成熟程度而演进。[17] 这种演进产生自法国和美国革命中提出的平等主义。当我们互相平等的看待时，我们能够互相理解对方的苦难。但正如美国人不能对他们的奴隶施予仁慈一样，我们也不愿意对那些犯罪的人充分的给予仁慈的待遇，特别是对那些贫穷的和黑人犯罪人。他们不喜欢我们，他们是社会的失败者，如果他们遭受了苦难，这些苦难不是我们应当承受的苦难。无论如何，他们不应从他们没有对其作出贡献的社会那里得到更好的待遇。当然，我们不会折磨他们，但如果他们互相残杀或者杀害了我们中的一些人，我们将非常乐意将他们执行死刑。

4. 范·登·哈格博士猜想存在着一些"规定在有关杀人罪的法律中的更加精确的标准"，可用以帮助法院解决哪些谋杀犯该判死刑的问题。在过去的15年里，联邦法院、国会和州立法机构一直在努力确定这些标准的具体内容——还没有看到最终的结果。迄今为止，成形的标准远非详细精确的。

例如，在德克萨斯州，死刑是通过陪审团的裁决作出的，在作出死刑裁决时，陪审团必须确定是否"存在着被告人继续实施危害社会的暴力犯罪行为的可能性"。这要求对行为人的再犯可能性进行预测，仅凭被告人的一次行为而不是多次行为就对其再犯可能性进精确预测，这是相当困难的，但德克萨斯人并不打算心存沮丧，他们向这个不可能的任务发出了挑战。[18]

221 或者再举一例，看看乔治亚州，在该州中，法院必须考察罪犯是否是"残暴的，或者放纵性的卑鄙、恐怖的和残忍的"，因此倡导法官对暴行和恐怖的界限进行主观判断。我想范·登·哈格博士应当注意，他需要

---

〔17〕 我根据酷刑下的幸存者雅科布·蒂摩曼(Jacobo Timerman)的著作，将阿根廷军政府、苏联国家安全委会员(克格勃)、当前的南非政体归为同一类。参见他的 *Prisoner without a Name, Cell without a Number*, New York: Knopf, 1982.

〔18〕 关于德克萨斯人对于德克萨斯法律草案的奇特做法的说明，参见 Charles L. Black, Jr., *Capital Punishment: The Inevitability of Caprice and Mistake*, 2nd ed., augmented, New York and London: W. W. Norton, 1981, pp. 114 – 121.

为这类法律或类似这类法律的一些法律进行辩护。

5. 我认为加里·吉尔摩的行为,受到范·登·哈格博士如此多的赞美的人,到最后还是被击溃了。他起初劝诱他的情妇与他合谋帮助他完成自杀,在这段丑陋的插曲之后,他最终还是走向了行刑队。范·登·哈格博士认为他是勇敢的,虽然他暗示着承认吉尔摩几乎没有其他选择。吉尔摩没有作无谓的反抗而为难行刑者或见证者,也没有因他没有感受到的悔恨而啜泣。我认为吉尔摩是因为虚伪的刚毅而得到了一些人的赞美,对极端冷酷的谋杀犯的命运的多愁善感,和对杀死这些谋杀犯的整体的不必要性的敏感是两码事,我不会将它们混淆。我的辩论对手对于他推没出的吉尔摩的"男子汉"品质的敬仰,是死刑带来的有害后果的显例之一,即为不应得到同情的人制造了同情。

6. 我不知道最近有哪起案件谋杀犯在作出控罪辩诉交易后被判处死刑的,但这样的案件之前可能有一些。只要检控方和法官想要减少长长的待决诉讼事件表以及昂贵的审判费用,辩护律师就会尽其所能达到一项辩诉交易。但是,在此过程中,律师的行动受到了检控方死刑求刑权的压制。辩护律师会建议他们的当事人尽他们所能避免适用可能会最终导致死刑判决的审理程序。

如果案件要适用审理程序,被告人反驳对他的控罪的能力取决于他的辩护律师的智谋和技巧——以及被告人的支付律师费的能力——寻找目击证人和进行必要的调查将会导致有利的证词。检控方可以根据形势的需要充分的拥有所有这些资源。

范·登·哈格博士问我是否知道被告人所处的毫无希望的不利境地导致了有罪判决的不成立的案件。当然我不知道这样的案件。我没能作出调查,即使我作出了调查,对法院的裁决和判决作事后诸葛式的分析,这并不可取。但被告人的不利地位是明显的。除了极其例外的刑事审判外,它存在于所有的刑事审判中。死刑加剧了这种不利,因为在多数案件中,只要适用完整的审理程序,检控方就会要求对被告人判处死刑。一旦裁决作出,就成为了定论。被告人对于法院认定的事实几乎无能为力。这些事实使得被告人只能等待刑罚的判决,除非发现非常特

222 殊的情况,不能进行重审。被告人仅能主张法律适用错误或审理程序错误,或者,在近年来出现的,主张对被告人作出判决所依据的州的法律的违反宪法。范·登·哈格教授对于我们的刑事法院的绝对可靠性所持的乐观主义信念,是大多数考察过我们的司法运作过程的人们所不愿赞同的。

欧内斯特·范·登·哈格:

康拉德教授承诺要移除我编织的"由误解和枝节问题编织的厚厚的外套"。如果他没有兑现他的承诺,他还是应当被原谅:因为根本不存在着这样的外套需要移除。但我不像唐吉柯德(Sancho Panza)那样,当我的朋友如此可笑地与风车酣战时,我仍然坚持认为风车就是风车。



▼
▼
▼
第九章

公正与平等

欧内斯特·范·登·哈格： 223

现在让我回头来讨论死刑的道德方面，该方面与刚刚讨论过的死刑的宪法问题存在关联。我想要阐明，即便存在着对某些群体的歧视，即便歧视不可避免地与死刑本身、而非死刑的整体分配存在关联（这两个假设性前提都与事实相反），死刑还是不应当被废除。那些持其他看法的人则是混淆了公正与平等。

歧视意味着刑罚不公平地分配，以至于将某一群体——比如黑人或者穷人——置于不合理的不利地位：尽管他们的罪过跟其他人一样，但是他们更容易受到处罚或者会被判处更严厉的刑罚。[1] 一旦歧视发生，就必须得到纠正。然而，不是说因为有罪的白人没有被判死刑，所以也让有罪的黑人免除死刑，而是要让有罪的白人也受到和有罪的黑人一样的刑罚。歧视必须通过废除歧视本身而不是通过废除刑罚来废除。不过，即便有人说这是不可能做到的，我还是看不到可以让一名有罪的杀人犯免除刑罚的任何有利的理由。在刑事司法体制中确实发生过有人犯了杀人罪之后逃脱了处罚，而有人却被处死的情况。但是，有人逃

---

〔1〕 当然了，我们都受益于某些相应的歧视，比如说，病人（他们需要医生治疗）得到了治疗，健康人（他们不需要医生）没有得到治疗。但是我们并没有受益于不相干的歧视，比如说，白人得到了医生的治疗，而黑人却没有。

脱处罚的事实并不能成为对其他人也不予处罚的理由。

有人杀了人以后逃脱处罚,可能是出于最公正的司法活动也无法控制的原因。可能仅仅是因为定罪的证据不够充分。这能成为释放另一名定罪证据足够充分的杀人犯的理由吗?即便由于蓄意的偏见整个群体都在犯了什么事之后逃脱了处罚,我也不能把它看作让某个有罪的来自于不利群体的人避免其刑罚的理由。

224

尽管我承认平等优先于公正是我们的法院在实践中采取的做法,但是我没有看到这种做法在道德上或者宪法上的正当理由。我在宪法中也没有读出要求我们将平等优先于公平的意思。当我们大声疾呼"司法人人平等(equal justice for all)"的时候,正是司法公正(justice)还需要平等起来,充实起来。因此,公正(justice)才是优先的需要,它不能被抛弃也不应该被平等所取代,而应当以平等来充实。

公正要求惩罚犯罪人(对尽可能多的犯罪人实施刑罚,虽然实际上只有一些犯罪人会受到惩罚),使无辜者免受伤害(保护尽可能多的无辜者,虽然并不能保护全部)。从道德层面来看,公正必须始终优先于平等。对每个人以平等的不公正对待,优先于至少将公正给予某些人,这显然是错误的做法。**不平等的公正比平等的不公正更可取**(Unequal justice is preferable to equal injustice)。于是,公正不允许以平等为理由——因为有些人被不公正地释放了或者惩罚了,放过有罪的人,或者惩罚无辜者。

在实践中,如果我们坚持认为,除非我们能够保证刑罚会平等地适用于其他有罪的人,否则刑罚就不能加诸任何犯罪人的话,那么刑罚根本不可能被适用于任何人。任何一个熟悉执法的人都知道,刑罚只可能施加于某些犯罪人身上,而这些犯罪人不可避免地是以反复无常的方式,或者最多只是任意的方式选择出来的。企图说服法庭让所有应当判处死刑的人都避免死刑,只因为有些人不正当地逃过了死刑,就像企图说服法庭把所有入室盗窃的小偷都释放,只因为有些小偷不正当地避免了监禁一样,对于这两者,我都看不到任何可取之处。

尽管经不起严肃的推敲,但在过去的70年中,法院一直尝试通过释

放被告人的矛盾方法以纠正程序、证据收集、裁决中的错误，并以此警告、惩罚、威慑频频犯错的执法人员，如此导致了在案件摘要与判决中显而易见的任意性。法院的政策尽管释放了无数有罪的人，但是人们普遍认为这些政策从未避免它意图防止的错误。但是无论这些政策多么没有效果，但是它总算有其理性的目标。换句话说，认为一种刑罚必须被废除是因为有些有罪的人从该刑罚中脱逃，即使这种观点已经被联邦最高法院的某些法官所接受，但是这种观点的合理性仍然很难让人理解。

225 认为死刑应当被反对是因为没有被证实有充分的威慑效力的死刑废除论者，他们总是在阐述一种虚假的观点，因为即便死刑被证实具有威慑效力（参见第 4 章），他们还是反对死刑。那些因为死刑的歧视性适用而反对死刑的人也是一样，他们也没有完全认真地对待这一观点。不仅他们的观点不合道理——正如我刚刚试图证明的，而且他们通常也承认，有时候是被迫承认，即便在死刑的适用上不存在任何的歧视，他们也要继续反对死刑。事实上，在一些死刑的歧视论从未受到过认真对待的国家（诸如瑞典），已经废除了死刑。

从道德的视角来看，整个的歧视论观点都是言不及意的。如果死刑的分配对于所有有罪的人都十分平等，不那么反复无常，且有着不可思议的尽善尽美，但是在道德上却是不公正的话，那么死刑在每个案件中都是不公正的。反之，如果死刑在道德上是公正的，尽管有区别地适用于某些有罪的人，那么死刑在每个案件中都是公正的，因为它是对一个有罪的人实施的。因此，如果死刑只适用于有罪的男子而不适用于有罪的女人，那么死刑尽管被不平等地适用，但是仍然是公正的。因为公正在于惩罚有罪的人和保护无辜者，平等，虽然值得追求，但是并不是公正的组成部分。平等是平等的组成部分，使平等变得平等化，而不是公正（或不公正）的组成部分。同样的论述也适用于当某些利益只分配给男子，而不以同等形式分配给女人的情况。不平等，不能用来反对利益，或者反对将利益分配给应得的男子，而只能证明利益也应当平等地分配给应得的女人。与此相似的，不对有罪的女人适用死刑，可以证明也应当对女人适用死刑，而不能证明不该对有罪的男子适用死刑。

不平等的公正(在政治上)的功利主义效果,完全有可能对社会构造带来危害,因为它会激起我们要求平等的激情,尤其是法律面前的平等。不平等的公正在道德上也是受排斥的。虽然如此,不平等的公正仍旧是公正。受排斥的,是公正的不完全,不平等,而不是公正本身。有罪的人并不会因为其他罪人逃脱了刑罚而变得无辜,或者变得不那么罪有应得。无辜的人也不会因为其他无辜者遭遇了惩罚就应受惩罚。无论多么得不平等,公正始终是公正,而无论多么得平等,不公正始终是不公正。虽然每一个都很值得追求,但是公正和平等是不能等同的。法律面前的平等应当延伸并坚持,但是决不是以公正为代价。

被错误执行死刑的人怎么办呢?这里提出的异议不是因为有些有罪的人逃脱了处罚,而是因为有些无辜的人没有逃过劫难——这是比对有罪的人区别对待要严重得多的一件事。虽然这一点被死刑废除论者大力推进,但是这与所有的死刑分配论观点一样,也是一个虚假的观点。因为死刑废除论者既反对对无辜者执行死刑,也反对对有罪的人执行死刑。因此,即使他们支持的立场与罪行有极大的关联,罪行也不能成为他们的观点的决定性因素。罪行只对那些呼吁对有罪的人适用死刑的人才是决定性的。死刑保留论者也一定深受死刑分配问题的困扰——这是他们所追求的公正的组成部分。

226

对被误认为有罪的无辜者执行死刑,是司法的误判,无论何时发现都必须反对。但是这样的司法误判并不能成为废除死刑的正当理由。除非一种活动或者实践的道德缺陷(包括对无辜的旁观者执行死刑的可能性)超过了其道德利益(包括无辜者的生命可能由此得到挽回),否则这种活动就是正当的。大多数的人类活动——建筑业、制造业、汽车及空中交通、体育运动,当然还包括战争和革命——都会造成某些无辜的旁观者的死亡。然而,如果利益完全超过缺点,人类活动,包括刑事体制及所有的刑罚在内,在道德上都是正当的。

约翰·P·康拉德:

我的足智多谋的对手在此呈现了一系列无法驳倒的观点。谁能否

认,有些有罪的人逃过定罪判刑不是放弃对其他能够被定罪的人实施刑罚的理由？我不能:因为我不能与空想家联手,空想家总是想着除了对犯罪人施以刑罚以外,一定有更好的方法来对付犯罪行为。谁又能否认,刑事司法,与任何由平凡的人类来操纵的机构一样,都是不完美的,都无法完全排除歧视和任性？我不能:我多年以来一直就近观察刑事司法体制,期望着它不仅能够逐步改进,但是它从未接近批评家们所要求的完善状态。

但是范·登·哈格博士的主张和死刑的正当性又有什么关系呢？不论体制有时候是否没能适当地惩罚某些犯罪人,有罪的人都必须受到惩罚。自由裁量权是司法体制所固有的,可能会被滥用但是不会被取消。在任何对抽象公正的现实主义的讨论中,这些都是不存在疑问的命题。在刑事司法体制的冷冰冰的结构中,这些命题都必须毫无二致地保持其效力。它们是确立刑事司法丛林的边界的支柱。如果我们要保留死刑的话,这些要点就可以作为无可辩驳的理由,引用来驳斥任何的诸如"因为死刑适用存在歧视所有必须废除死刑"的观点。 227

黑板上的、研讨会上的,或者法理学教科书上的逻辑是最有说服力的。逻辑是法律的骨架,但不是法律的生命,不是至关重要的法律原则。我们都知道,无论我们在司法活动的任何角落发现不公平的歧视,我们都必须竭尽我们所能行使的立法以及上诉程序的监督措施来消除。不公正会削弱民主,但是公正又很难维持住逻辑学家设计的完美形式。为一项不正确的交通肇事指控交纳不正当的罚款,或者为一项轻罪在监狱里不正当地服刑,这是一回事。而眼看着贫穷的黑人被送到刽子手面前,且不论他如何有罪,同时受到了良好辩护的另一种族的富人杀人犯却避免了死刑,甚至有时候是没有判处任何刑罚,这又是另一回事。我们可以随时根据法官和律师所考虑的逻辑见风使舵,但是不正当却在这两种结果的比较中表露无疑。

当范·登·哈格博士说出"不平等的公正(在政治上)的功利主义效果,完全有可能对社会构造带来危害,因为它会激起我们要求平等的激情,……"的时候,他几乎承认了体制结构上的平等不像多元的街头社

会的面貌一样直观可辨。实际上,人民确实激起了义愤,义愤也确实危害到了社会构造。危害已经造成,因为普罗大众不是逻辑学家,他们也并未被授以抽象公正的基本原则。自《独立宣言》签署的那一刻起,激情就已经渗透了美国的政治思潮。当宪法第13和第14修正案确认了全体美国人民的自由权利,法律的正当程序也经由宪法新增加的这些条款保证了全体公民在法庭上的平等地位:这被认为是维护公民自由的关键所在。要求平等的激情使得司法活动变得复杂化。要让一名美国人确切说出作为一种目标的平等在他看来是什么意思,或者他期望的平等要达到什么样的程度,总是很困难的。确定无疑的是,法律面前的不平等是不合理的,对于这类不平等的预期将会激起所有怀抱着自由价值的人民的激情。

当普通大众看到大量比例失调的穷人和黑人被送进国家的死囚牢房,他们得出的法律不正当的结论可能是非理性的和毫无理由的,但是这种想法慢慢渗透进人民的集体意识,将来带来众多危害后果。对于穷人,尤其是贫穷的黑人来说,似乎穷人不可能期望在富人的法庭上得到公正,刑事司法体制是人压迫人的工具,而不是保护人权的武器。对于那些可能没有立即受到等待死亡的贫困且无亲无故的犯人数量影响的人来说,大量让人不快文过饰非会把显而易见的不公正解释过去。这种文过饰非中最显著的想法就是,一定数量的不公正是维持法律和秩序所必需的。只有以死刑相威胁,才能让穷人和懒惰的人不在城市的各个住宅区到处抢劫。就这样,社会构造受到了严重伤害,危害极大的潜在的对立阶层就产生了。

228

纵观有记载的历史,走向绞刑架的穷人已经成为了经常出现在刑事司法活动的角色。穷人受刑事司法活动摆布,但是从未接受它。他们的罪行应当判处死刑的信念,对于加强这个国家的社会团结毫无建树,反而大大侵蚀了人们对于刑事司法的信心。

我们现今在遥远的电椅或者毒气室里还有偶尔发生的死刑执行的奇观。所有的媒体都会一拥而上报道执行时间的每个细节。贫穷的无亲无故的凶手,大抵是一个背负昭著恶名、犯下让人胆怯的罪行的犯人,

却突然变成了所有一切的不正当的象征，不仅体现了司法活动的不正当，而且体现了国家的社会结构的不正当。被凶手杀死的受害者的死去是不正当的，把杀人犯看作是判决过程中发生的任何不适当行为的受害者也是不正当的，但是，杀人犯现在成为了注意力的中心，成为了不适当施与的同情心的接受者。法律值得更好的彰显，将这名杀人犯长期陷于牢狱，可以防止他升格为一名不真实的殉难者。“法律必须言而有信”，霍姆斯大法官（Justice Holmes）如是说，[2]但是法律的有些承诺自始就不应当作出。

这是一个对我们所有制度的廉正与能力的信心日渐稀少的时代。因为这片土地上的法院已经变成了两方律师为了阴沉的杀人犯的命运互相斗争的大戏台，让我们所有人都蒙受了羞辱，却没有任何相当的成就来弥补其不公正的面貌。教科书上的公正可能是达到了，但是在达到教科书上的公正的过程中，凶手变成可社会不公正的象征，而不是罪有应得的犯罪人。

范·登·哈格博士对待“死刑是不可逆转的，不仅对有罪的人是这样，而且对无辜者也是如此”这一观点的态度太过于尖刻。他说，这和死刑废除论者无关；毕竟，我们既反对对有罪的人适用死刑也反对对无辜者适用死刑。让死刑保留论者去为偶尔有无辜者被绞死的情况犯愁好了。毕竟，意外事故也时有发生。无辜的人丧生于交通、体育运动，以及有危险但是不能不干的职业，所以我们为什么要为偶尔有无辜者落入死刑执行人之手的事情烦恼呢？如果穷人兄弟受到了正当的审判，由同辈邻里组成的陪审团定罪，审判记录也经上诉法院审查，绞刑架可能是弄走了他的生命，但是迟早我们所有人的生命都会被弄走。 229

因此，我的老谋深算的对手让我们对被失控的卡车轧死、被倒塌的脚手架压扁，或者被闪电劈死的无辜路人，与被尽职的法庭所犯的公正的错误送上死刑的无辜路人的命运，做一个看似有理的比较。这种类似

---

〔2〕 *The Holmes - Laski Letters*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1953, p. 806.

的情况可能会说服某些人，但是如果果真如此的话，他们一定是彻底将上帝的安排与作为会犯错误的平凡法官的行为之间的差别弃置一边了。

经过漫长的人类历史，人类已经得到了让自己接受突如其来的不受人类控制的意外死亡的能力了。人们通常都能接受，当风险被有意识地承担起来的时候，比如赛车手在比赛时或者吊秋千的杂技演员表演的时候，死亡可能会发生，假如遇难的人没碰上这种运气的话，则不会死。但是由于人造体制运作过程中发生的某些可以理解的失误，发生了无辜者走向完全的合法处死的异常情形的时候，良心必然会感到不安。我们无法预测的上帝的行为无可避免，但是法官的活动却可以受到限制，因此也可以让致命的不公正决不会在无意中造成。被定罪的无辜者并没有承担起风险。一旦他被处死，他也不可能再从坟墓中被叫回来。如果他只是被送进监狱的话，司法的错误在被发现的时候就可以得到纠正。并非所有的人为错误都可以得到纠正，但是假如错误毫无纠正的希望的话，想要得到宽恕也是很难的。

欧内斯特·范·登·哈格：

我钦佩康拉德教授热烈的反驳，对他的热情深感敬畏。不过，我并没有发现他有什么新观点。本人陈述完毕。

230

约翰·P·康拉德：

我本希望范·登·哈格教授能进一步详述穷人被迫接受死刑的不正当情景。我也希望他能重新思考一下，当在错误的有罪判决之后，死刑被宣布出来的无法挽回的结果。既然他对于这些问题都没有更多的要说，死刑废除论者必定也陈述完毕了。

欧内斯特·范·登·哈格：

那么好吧，既然康拉德教授坚持认为，我得“进一步详述穷人被迫接受死刑的不正当形象”，那么我就详述一下。

对于法律和法庭来说，不仅要公正，而且要看上去显得公正，这都是

很重要的。因此,会带来不公正形象的活动,无论是否有任何实质上的不公正,可免则免。法官不应当在辩护人不在场的时间会见公诉人,反之亦然。然而,实质的公正决不应该被公正的外表所牺牲。因此,如果在一宗谋杀案中,三名黑人被告人有罪而两名白人被告人无罪的话,法庭不应当为了公正的外表,宣布两名黑人被告人和两名白人被告人有罪。我知道康拉德教授也同意这个看法,但是他对于种族外表的强调会让人产生歧义。

关于司法误判,康拉德教授主张,我对从统计数据来看很有可能发生意外事故但是却不可能让我们放弃的重要活动,诸如建筑,或者甚至只一项轻佻的活动,比如赛车,等这些活动中发生的意外事故的类比,会让人产生误解。他认为,意外事故是上帝的安排,而司法误判是人类的过错。

基于两点理由可以看出,这种观点是错误的。第一,许多意外事故都跟司法误判一样,是人类的过错。第二且更重要的,让意外事故变成意外事故的,恰是并非故意造成最终却发生了的,尽管当事人都不愿意发生,尽管他们都已经提高了警惕。从统计数据来看,这样的事故是可以预见到的。从这种意义上来看——这也是类比中存在关联的特征——比如说,意外事故发生在建筑业,采矿业,或者赛车活动中,伤害或者杀死了无辜的路人。司法误判也同样是由于人类的过错,从统计数据来看,也是可以预见到的,并非故意造成,也没有充足的理由放弃这项可能造成过错的活动。只要某种活动的正当性不及其可能造成的伤害,这种活动就应当放弃。在死刑的问题上,我已经指出了,为什么其效用远远大于它所包含的无法纠正的司法误判的风险。

231

约翰 · P · 康拉德:

在死刑适用过程中,对于致命的错误最有效的防范,就是用立法废除死刑。不幸的是,其他可能降临在人类身上的意外事故中,如果有的话,也极少有什么事故能够如此彻底地被预防的。

▼
▼
▼
第十章

特殊案件

233 **欧内斯特·范·登·哈格：**

有一些特殊的案件——之所以特殊，是因为能够威慑这类犯罪的除了死刑，别无其他。我们不知道死刑是否足以威慑它们。我们只知道对于这些案件，其他形式的威吓都无法威慑。

除了以死刑相威吓之外，被判处不得假释的终身监禁的囚犯可以杀死牢友或者看守而不受任何处罚。因为没有死刑，我们就给了这些犯人有效的豁免权，给了他们不受惩罚的权利，而这些人恰恰是最可能需要威慑性的刑罚来约束的。从一个道德视角来看，人们还可以说，如果已经犯下了足以送进监狱监禁终身的罪行的犯人，又犯下谋杀，死刑似乎是他罪有应得的了。无论如何，如果没有死刑，而他决心杀死牢友或者矫正官的话，后者就可能成为而且将成为牺牲者，而他却不受惩罚。在犯人不受唯一可以制止他的刑罚的威慑的时候，他的牢友和矫正官却置身危险中。这似乎很难说是正当的。

这些情况在以下文字中已经非常充分地阐明了：

> 两名强悍的囚犯公然使计进入典狱长的办公室，用食堂里拿来的锋利的菜刀扎死了典狱长和他的副手。
>
> ……调查人表示，由于弗内姆赫尔德（Fromhold）"又一次"违抗他们的要求，这两名同屋的穆斯林牢友就在前一晚开会特别安排了

> 这次刺杀任务。弗内姆赫尔德的胸部和背部一共被刺了13刀；47岁的典狱长帕特里克·柯伦(Patrick Curran)跌跌撞撞的冲进了其副手在一楼的办公室，他的背部中了13刀。
>
> 两名囚犯都不大会失去什么。伯顿(Burton)因为残酷杀死费城警察局的一名警官已经被判处了终身监禁，鲍恩(Bowen)则因另一宗谋杀警察的案件与枪杀一对老年夫妇而等待审判。[1]

234

我无法想出任何理由，给这些杀气腾腾的无期徒刑犯永久的豁免权，而造成看守和其他犯人被牺牲。

在监狱之外，死刑也是唯一的有可能约束某些犯罪人的刑罚。在没有死刑的情况下，一名已经犯下足以判处终身监禁的罪行的犯罪人，即使他杀死逮捕他的警察，他也没有什么东西可失去的了。这些犯罪人杀死警察，或者就其案件而言，杀死其罪行的目击证人，他们逃脱的机会得以增加，而一旦被抓住他们被判处的刑罚的严厉程度却不会增加。对于所有犯罪人来说，事实确实如此，如果在被抓住的时候又犯下另外一项罪行，比如杀死逮捕他的警察的话，他很有可能会被判处终身监禁。只有死刑才能合理地制止他们进一步犯罪。

在有些州，规定杀死正在执行公务的警察的人，会被判处死刑。从而，特别的保护也就覆盖了警官，毕竟他们特别地暴露在危险之下。他们应当受到额外的保护。[2] 但是在我看来，似乎每个人都应当受到死刑可以提供的保护。

还有其他一些案件，只有死刑有可能成为威慑这类犯罪的威胁。因此，在战时把间谍判处监禁毫无作用：他期待着己方赢得战争，然后他会被释放，并成为英雄。另一方面，如果他不得不畏惧立即执行的死刑，他

---

〔1〕 *Newsweek*, 11 June 1973.

〔2〕 自然，有一些研究试图以统计数据来证明死刑的威胁不会减少警察被杀的比率。警察对此非常不服气。我觉得他们的常识所告诉他们的恰是正确的：我所看到的统计学上的研究并没有证明其作者认为已经证明了的东西。研究只揭示了，当还存在许多其他难以控制的变量存在，这些变量可能会减少或者提高一种犯罪的发生率的时候，要确定某一种变量——死刑的威胁——的作用是很困难。我们所有人都怕死，而犯罪人却不怕死，这似乎是很不合理的。

方的胜利对他来说就没什么意义了。死刑可以威慑许多人,使其不会成为间谍。死刑可能无法威慑不介意成为爱国的烈士的人,但是死刑可以威慑为了金钱而做间谍的人。

临阵脱逃的人害怕在战场上阵亡,因为太害怕而当了逃兵,监禁刑也不能制止他们临阵脱逃。但是他可能会害怕由行刑队带来的必死无疑的结局。而且,无论因为什么原因临阵脱逃的人,他们都可能害怕死刑。

235 有些犯罪即使是死刑也无法制止。一旦某人犯了一级谋杀,并被判定有罪,他可能被处以死刑,他可能会再犯谋杀而不必担心受到更重的刑罚。刑罚能涵盖的范围是有限的。而犯罪却不是。死刑是我们可以施加的最严厉的惩罚。它留给了最严重的犯罪。但是我们无法给还要更严重的犯罪,比如多次谋杀,或者以酷刑杀人,科以更多刑罚。

死刑与酷刑不同,我们每个人都要经历死亡,而酷刑却是我们所反感的。因此,即使对那些大大罪有应得的犯罪人,我们也不会适用酷刑。而且,那些不受死刑的威慑的人会受到酷刑威慑,或者以酷刑方式执行死刑会比纯粹的死刑更有威慑效果,这基本上是不可能的。因此,试图将刑罚的涵盖范围提升,超乎死刑之上,没有什么意义。

不幸的是,犯罪人却可以对受害者实施酷刑,他们有时候确实手段残酷。他们也可以谋杀不止一名受害者,有时候确实也杀了好几个。法律无法提供比死亡更大的威胁。但是至少法律不该提供比死刑还要低的威胁。尽管死刑的威胁不可能制止第二次谋杀,但是死刑有可能制止第一次杀人。

约翰·P·康拉德:

人们不应该在认为警察或者保镖是安全的职业的错误观念下,应聘这类工作。这类工作比采矿、伐木,或者处理石棉的工作要安全一些,但是在执法过程中,好人有时候会死于残忍又卑劣的犯罪人之手。我们的公民保护人的安全是国家重大利益之所在,对于给他们造成伤害的犯罪人的处罚应当得到我们的深切注意。但是死刑会让针对警察和监狱看

守的犯罪变得少一些吗？证据并不那么让人信服。

以范·登·哈格博士所援引的谋杀案件为例，这次案件发生在1973年宾西法尼亚州的监狱。案件发生的时候正是死刑执行暂时中止期间，我猜想我的对手的意思是想说如果电椅被正常使用的话，柯伦典狱长及其副手可能就不会被杀害。我无法驳倒这一观点，而范·登·哈格博士也无法确定无疑地证明自己的观点。但是至少有可能的是，在那时的穆斯林囚犯中间盛行的几乎是狂热的教规驱使下，这些杀手背负了谋杀使命，他们不敢不成功。一旦他们有了任务，他们就不可能对官方的威慑有任何的考虑。谋杀必须进行。

当时的费城市市长弗兰克·里佐（Frank Rizzo）认为，解决方法是恢复绞索或者电椅的使用。柯伦典狱长的遗孀在一次值得纪念的谈话中清楚表明，这样的办法是无效的，也是不得要领的要求："两起坏事合在一起不会成为好事。如果我心怀怨念，就会影响到我的孩子。他们必须学会理解。"[3]还有许许多多东西需要我们去理解。被剥夺了应享权利的黑人对于朴素却严厉，奇异却易于理解的穆罕默德教义的诉求，是很难为一名世俗的白人所理解的。穆罕默德教义不仅授权他们反抗而且似乎是在鼓励他们公然对抗白人权力结构，因为白人权力结构为了秩序的要求必然要对这一宗教派系进行压制。在整个20世纪60年代，以至于70年代，穆斯林经常是州监狱的一种危险因素，而当不能理解的典狱长试图压制他们的时候他们就会变得更加危险。他们有时候用以对抗的暴力是无法宽恕的，当然也是与他们目前的行为方式不一致的，因为他们目前的行为方式一直是非常地负责任的。假设某一次的死刑执行将会威慑到杀死柯伦典狱长的杀人犯，则是低估了穆斯林神秘信仰对于那些完全受其教义控制的人的说服力。

236

原本可以挽救这两名官员的性命的，不是漫长的程序尽头的电椅。如果正常的烦琐程序得以进行的话，这两个杀人犯不可能在其副手的办公室里袭击柯伦典狱长，尽管他们有可能在其他地方找到他。这两名受

〔3〕 *Newsweek*, 11 June 1973.

到最高人身限制的囚犯，却能够手持凶刀进入副典狱长的办公室，这说明了他们在离开最高安全设施限制的区域时，逃过了位于出口的金属探测器的监视。更糟的是，在他们进入管制的办公区域之前，也没有官员特意搜他们的身。对于这两人中任何一人来说，在他们身负极端暴力的记录并以此为荣的情况下，给予他们稍微亚于最高人身限制的身份，都是过于轻信的行为。

在事隔如此之久之后，再来做事后诸葛亮是很容易做到的，而在它作为日常活动毫无例外地循序发生的时候来注意到它，则要困难得多。但是正如塞尔斯坦·塞林(Thorsten Sellin)在其关于监狱凶杀的论文中所说的，预防这些犯罪的唯一让人满意的方法就是确保监狱得到更有效地管理。这是可以做到的；我本人亲身看到过监狱管理的成就，但是这需要典狱长非凡的领导能力和对所有工作人员的全面培训。

监狱看守所面对的最大危险，不是由于杀人犯没有受到充分的威慑，而考虑到高风险和高收益，因为杀人犯极少进行计算。相反，造成工作人员以及犯人的持久的焦虑的是那些判断力扭曲，视本人与受害人性命如草芥的疯狂男女的存在。举个例子：几年前，我的一个朋友兼同事在加州监狱被这样一个疯子杀害了。在杀人犯的头脑里，他觉得我的朋友迫害他：一旦这样一种想法在他的意识中成为强迫性的状态，就再也没有什么东西可以阻止他。他带着一把小刀冲进我朋友的办公室，大喊大叫谴责我的朋友，刺中了我朋友的眼睛——造成了他的死亡。他如今待在一家州立监狱，在他申诉自己由于神志不清而无罪之后，他就去了那里。他很有可能会在精神病医师的治疗下度过余生，而精神病病院原本是他最开始就应该去的地方。

237

要说犯罪人应该“和我们一样怕死”，这确实有道理——正如我的不容置疑地理性的对手所指出的那样。但是并非所有的犯罪人都是理性的。其中最非理性的犯罪人都被关在配置最高安全设施的监狱里，在监狱里，他们对于现实生活的把持逐渐衰落，他们的绝望日益增长。对于这些的犯罪男女来说，死刑是无关紧要的。

范·登·哈格博士不承认关于警察谋杀的研究的结论，觉得结论不

令人信服;这些结论与他的常识相抵触,常识告诉他,死刑是防止正在逮捕犯人或者执行其他危险公务的警察,遭受致命攻击的威慑力量。我并未被告知他所查阅并发现是不合格的什么研究。关于死刑的威慑效力的研究存在着特殊的问题。漫长的死刑延期执行排除了任何当前比较的可能性。我必须承认,如果比较是在已经废除死刑的州和尚保留死刑但是在10年内没有一次实际执行的州之间进行的话,比较是没有任何意义的。

所以,我们所能做的最佳办法,就是查阅1963年塞林所做的调查研究,该研究对已废除死刑州和尚保留死刑的州之间的警察被谋杀的数量和每1 000个全职警察被谋杀率进行了比较。在当时,尚保留死刑的州也如其法律所设计的那样,还在实际执行死刑。

塞林的研究显示,在1961年至1963年之间,在废除死刑的州(密歇根州,明尼苏达州,北大达科他州,威斯康星州,缅因州,以及罗得岛州)有9名警察在执行公务的时候被杀害,由此得出的是每1 000名在职警察中有0.393名被谋杀的比率。在尚保留死刑的州(康涅狄格州,马萨诸塞州,俄亥俄州,印地安那州,伊利诺斯州,爱荷华州,新罕布什尔州,南达科他州,以及蒙大拿州)有21名警察被杀害,也即每1 000名在职警察中有0.398名被杀的比率。[4]

这类的数据很容易遭到异议,正如范·登·哈格所提出的,没有列明有哪些重要的变量被该比较所忽略。而且数据很少,所以只要有一年警察被杀的数据上升一倍,就会造成被谋杀比率的不成比例的变化。整 238
理过的数据没有对涉险人口进行分析,没有对该州人口的年龄分布,事业状况,种族群体,或者警察被谋杀时候起到作用的各种干扰因素予以考虑。然而,这仍然是我们所拥有的唯一的统计数据,该数据强烈显示,无论如何,死刑并没有对警察的被杀产生显著影响。后来的,在技术上也更敏感的统计分析必须尽可能考虑到死刑实质上完全停止执行的这一段漫长的期间。

---

〔4〕 Thorsten Sellin, *The Penalty of Death*, Beverly Hills and London: Sage, 1980, p. 94.

如果我们必须怀疑像塞尔斯坦·塞林这样的研究者所做的研究(我决不会接受人们对他们所持的否定意见),那么我们就必须依赖我们能够得到的常识看法,以及关于人类本性的流行观念,对此,人们远未达成一致。范·登·哈格教授认为,警察在控制骚乱、阻止打架和家庭混乱,以及逮捕试图反抗的嫌疑人的过程中所面对的危险,使得他们"需要受到死刑的额外保护"。这就是我的实用主义的对手的朴素的常识。我敢保证,大多数警察也是这样想的。

这显然是没有将所有警察都携带在身的子弹上膛的手枪考虑在内。当人们相信自己身处受袭击的危险中的时候,没有人会真的怀疑其使用手枪的权利。统计数据并未按照常规地保留下在这种情况下被警察开枪击中并击毙的人数。塞林在另一项研究中发现,在 1933 年至 1954 年的芝加哥,有 330 名谋杀案件的嫌疑犯被杀死,其中 69 名被警察击毙,261 名则被普通公民杀死。而同期,在库克县只有 45 人被执行死刑。[5] 我们有理由推测这是一个在谋杀案件发生率高的城市,而且在死刑也经常实际适用的期间进行的合理的比较。数据显示,在该城市的那一期间,警察杀死的嫌疑犯要比库克县监狱的电椅操作员杀死的犯人还要多。如果死刑的威胁是威慑潜在的犯罪人实施犯罪的因素的话,那么警察手中的手枪的威慑作用则是比坐上遥远的电椅的前景还要更强大的影响因素。

至于战时的间谍和临阵脱逃者的死刑,在我一贯坚持的国家不得冷酷地杀人的观点之外,我还需要提出一些显而易见的反对理由。

间谍行为是一条双向的街道,其中总是有一条通往美国一边,而另一边则是敌对方在通行。我们的一些间谍会被抓住。他们的最佳的生

239 还希望来自于敌对方的间谍落到了我们手里,然后由于最后的间谍交换他们能够幸免于难。死刑的适用对于美国国民与敌国合作的案件中是尤其让人不愉快的。其间谍行为的实质证据往往不得提交给法庭,其罪行的严重性——对此意见纷呈,分歧很大——也无法估计。

---

〔5〕 ibid., p. 100.

关于临阵脱逃者,毫无疑问,国家有权惩罚那些在即将对敌作战的时候擅离职守的人。但是如果军事力量必须要依靠死刑执行队来保持,让士兵和水手不临阵脱逃的话,那么军队就处于非常不稳定的状态。荣誉和忠诚是更可靠的预防措施,这些品质不应当用死刑的障碍来造就。一个人为国战斗,是因为这个人信仰的国家利益,而不是因为他对刽子手的恐惧。遗弃同志背叛同志的士兵应当关进监狱。我们不应当推测,让他的同志继续战斗的力量来自死刑执行人的威胁。

我的辩论对手相信,那些不受死刑威慑的人也不会受到酷刑的威慑,他的这种想法无法受到其此前的合乎逻辑观点的支持。他可能是正确的,但是我觉得如果除了他给出的理由外没有更多的理由的话,我很难赞同他。我猜想,如果美国人要接受恢复绞刑架,或者轮式刑车或者近代出现的电击设备的使用,来作为走向电椅或者绞刑架之前的序幕,那确实会有一些附加的威慑效果。

在这一点上我与范·登·哈格博士存在分歧,并非因为我对于将酷刑引进刑事司法装备库的前景的厌恶之情比他少一点,而是因为我想要确立的是,用来威慑犯罪的措施必须有一定的限制。苏联政府用来让其公民遵守秩序的肮脏措施已经有了足够的历史先例,可以上溯到我们有记载的历史的最遥远的古老遗迹。制止政府不对犯罪人实施肉刑——它区别自由刑——是对刑事司法活动施加的正确限制。一旦我们允许国家在绞刑架上,或者在医院的金属担架上注射毒液处死犯人,那么,阻止更令人厌恶的制裁措施的屏障就被打破了,用来劝止酷刑引进的观点必须得到修正。

欧内斯特·范·登·哈格: 240

我同意康拉德教授所说的,我们的监狱管理尚有许多值得改进的地方,更好的监狱管理可能会防止许多的监狱杀人案。但是我没有看到这跟死刑有任何的关联之处,更不要说还拿它来作为反对死刑的理由。诚然,更好的监狱管理可以防止犯人得到武器,但是如果,他们不知道什么原因还是得到了武器并用其杀了人,那么他们还是应当被判处死刑的。

我不可能对塞尔斯坦·塞林对1961年至1963年的废除死刑州和保留死刑州的谋杀率的比较给予更多的重视。他研究的期间太短了,数据也太少以至于在统计学上意义不大;此外,两类州之间众所周知的与犯罪率存在相关的因素(比如说,年龄、人口的性别和种族组成、业化和城市化的程度、一贯的犯罪率、收入的不平均程度)之间的差别都被忽视掉了。

最重要的是,我认为,杀人犯并不会查询他们可能实施犯罪的州废除了死刑与否。死刑是威慑力高于终身监禁的一种刑罚,所以如果①有充分的死刑执行率(20世纪60年代的死刑执行率太低了,现在也是如此),②死刑不应只在某处适用,而是在任何一个特定的国家,在足够广大的地区适用,以至于想要成为杀人犯的通常都确信杀人就要冒死刑的风险,③死刑已经适用了足够长的一段时间,以至于定罪判刑得以被人了解,④死刑的适用比现在更迅速和更经常,那么,保留死刑会比废除死刑有更大的威慑作用。塞林的研究忽视了死刑发挥效力的这些要求,所有这些其实都很常识的东西。



▼
▼
▼
第十一章

反对死刑的几种流行观点

欧内斯特·范·登·哈格： 241

现在，让我们来考察一下一些反对死刑的长久流行的观点。

野蛮化

关于死刑野蛮化观点的最尖锐论述来自切撒雷·博尼萨纳·马尔塞斯·德·贝卡里亚（Cesare Bonesana, Marchese di Beccaria）的《论犯罪与刑罚》（*Dei Delilli edelle Pene*, *Of Crimes and Punishments*, 1764），这是一篇篇幅短小但是影响深远的论文，当它被翻译为法文之后，伏尔泰（Voltaire）对其作出如是评价。

贝卡里亚写道，“法律以死刑来惩罚杀人犯，……自身也犯了杀人罪”。由此，法律成了“野蛮的范例”。贝卡里亚对杀人犯处以终身监禁（那时候意味着一辈子的关押），因为“犯罪人的死亡……是一种不那么有效的威慑措施，还不如让这个人戴着镣铐和脚镣在铁笼子里……作为担负终身奴役的动物，其持续存在的范例更加有威慑力。”这样的监禁条件在今天是不能容忍的。我们很难看出贝卡里亚书中的终身监禁比死刑会不野蛮一些。我倒认为他的终身监禁的野蛮程度有过之而无不及。无论如何，贝卡里亚认为的终身监禁比死刑要更具威慑力的观点到今天

已经被人忽视了。

然而,贝卡里亚将死刑当成"谋杀"因而反对死刑的观点仍然被死刑废除论者们津津乐道,他们喜欢将死刑称为"合法谋杀"。这一短语是一个矛盾修饰法(形容词与它所修饰的名词想矛盾)。谋杀是非法夺242 取无辜者的生命,死刑,因其合法,所以不是谋杀,死刑夺取某人的生命,这人是有罪的,而非无辜者。谋杀的受害人被谋杀了。杀人犯被发现犯了杀人罪,才被执行死刑。死刑无论在道德上还是法律上都不是谋杀的等价物。人们把刑罚在道德上看成是犯罪的等价物,只是因为他们没有看到谋杀一名无辜者与给犯罪人执行死刑之间的道德差异,或者是他们固执地对这种差异视而不见。要不然,死刑决不是"谋杀",就像逮捕不是"绑架",而征税不是"盗窃"。

固然,死刑在形式上等同于谋杀:都杀死了人。但是这并不能使之在道德上或者法律上等同起来。许多刑罚都与他们所要惩罚的犯罪或者其他犯罪在形式上等同。等量报复法则甚至还要求所有的刑罚都要与试图惩罚的犯罪类似。因此,托马斯·杰斐逊(Thomas Jefferson)纵然千般不情愿,但还是建议致人伤残者要被致残(见本书第1章,原书第33页)。罚款,即合法地(比如说)向非法从他人手中夺取金钱的犯罪人收取金钱,就是在形式上等同于其所惩罚的犯罪。合法限制人身自由(监禁)可以惩罚一名非法限制无辜者自由的绑架犯。犯罪与合法行为之间(比如谋杀和死刑之间)的差别是在道德上和法律上,而不是形式上的:犯罪在法律上是错误的;刑罚则是合法地适用,以便威慑其他人不要犯罪,并给犯罪人以报应,从而使法律得到维护。

犯罪与刑罚在形式上的类似,或等同,就跟犯罪(比如,驾驶偷来的汽车)与合法行为(比如,驾驶一辆合法许可驾驶的汽车)之间在形式上的等同一样,与讨论的问题无甚相关。形式上等同的行为往往具有不同的社会与道德含义。强奸在道德上,社会意义上,以及法律上都不同于双方合意的性交——但是在形式上却相同。刑罚在形式上与犯罪的类似,并不能在道德上使刑罚不合适;刑罚只有在极度超过限度,或者无效且毫无根据地使用的时候,在道德上才是不合适的。

我觉得已经没有必要再讨论认为死刑在一定程度上造成了社会生活的野蛮化的更普遍观点，因为这一观点既不精确，也缺乏任何证据来支持。毫无疑问，我们不可能主张没有死刑的州，比如纽约州，往往就比有死刑的州不野蛮一些。

另一个流行观点也经常与"野蛮化"联系在一起提出来：死刑，作为一种建立暴力的范例，可能会鼓励谋杀，而不是威慑它。有过一些研究试图揭示，很有可能是因为模仿，每次死刑执行之后，有一段时间谋杀率会上升。还有一些研究揭示，因为威慑效果，每次死刑执行后至少在数周内，谋杀率会下降。[1] 但是这些证据都不具有决定性。非常有可能的是，死刑鼓励了一些潜在的杀人犯，而阻止了另一些杀人犯。但是即使两类研究中任何一个被证明是正确的，研究结果仍然无法告诉我们太多相关信息。死刑可能会暂时提高或者降低谋杀率——但是他们也有可能造成谋杀案件的某种聚集，就像季节因素所起的作用一样。但是如果我们有兴趣测定死刑的效果的话，恰恰只有这些研究都不曾涉及的年度谋杀率的变化，才是相关的信息。尽管念念不忘统计学方法的专家们即使没有得出决定性结论，也起到了一定作用，但是，这些研究还是没有回答我们必须要问的一个问题：死刑执行究竟有没有可能提高年谋杀率？如果死刑是公开执行的话，这种可能性就是无法被忽略的。因为这样或者那样的原因位于犯罪边缘的人们可能会模仿他们所看到的东西。如果事实果然如此的话，那么这一论据就不是反对死刑的，而是反对死刑公开执行的。

243

任何暴力的公开展示，都有可能在一定程度上调动我们大多数人有意识地或者通常是无意识地抱有但大多数人都能控制的暴力冲动。以暴力为特征的电影——战争片、西部片、侦探片——可能会导致人们，尤其是年轻人，模仿暴力行为。暴力犯罪，或者拳击运动，也是如此。毫无

---

〔1〕 对于这些研究的完整讨论，见 David P. Phillips，"The Deterrent Effect of Capital Punishment，" *American Journal of Sociology* 86，July 1980，pp. 139 - 148，以及随后的多方讨论，见 *American Journal of Sociology* 88，July 1982，pp. 161 - 172。

疑问,古希腊悲剧在他们的时代中也有同样的效果。这几乎不能成为消除所有暴力,艺术上的、电影中的,或者体育运动中的所有暴力的论据。我们也不可能消除生活中所有的暴力。

然而,避免非必要的公开暴力以及毫无根据的暴力——不是某一主题在审美上令人满意的表达的需要——展示,则还有其他的理由。当然,有一个极好的论据,就是不给年轻人输送无意义的重复的暴力节目。[2] 然而,在媒体报导,以及在艺术和娱乐活动中虚构的众多暴力中,死刑执行与众不同的想法——其实死刑已经不公开执行很多年了,如果不是完全荒谬的,那么在表面上看来似乎也有点过于矫揉造作了。

尽管如此,正如死刑在过去的状况一样,公开执行可以作为一种恐244 怖的娱乐,所造成的危害多于好处。因此,死刑应当公开宣布,就像现在这样,但是死刑执行不应该变成一种公众的奇观。有许多活动,人们认识到是有益的且是必要的,但是尽管如此,我们还是不希望让公众随意参观。活体解剖对于医学研究来说可能是必不可少的,但是我们不能展示这种活动。我们也不能展示一些有效药物的痛苦效果。人们反对性活动的公开展示,但是并不因此反对性行为本身。因此,人们反对死刑的公开执行,但并不反对死刑执行本身。没有任何理由把任何刑罚,或者痛苦,或者还有性交,变成一种奇观供人参观。

至此,死刑——实施上,任何刑罚——的威慑效果都依赖于为人所知,这是正确的。但是死刑可以为人所知而不公开展示,恰如监禁为人所知但是也没有向人展示一样。"不展示"和"不为人知"是不一样的;不公开也不同于保密。当一名确定有罪的杀人犯被执行死刑时候,媒体当然应当被通知到。但是这并不是说,死刑执行这一事件应该在电视上放映,或者应当描述执行的诸多细节,以至于可能激发人们去模仿。

死刑废除论者有时候会对死刑保留论者发出质疑,认为如果死刑执

[2] 国家精神卫生学院在其1982年的"电视与行为"报告中宣称,有"压倒性的"证据揭示电视暴力导致了儿童的"好勇斗狠行为"。报告中提出的证据多少有些可疑,但是其结论似乎很符合常识:儿童学习电视中的活动,很有可能模仿他们在荧幕上或者其他地方看到的东西。

行在电视上转播的话,可能会有更大的威慑作用。他们认为,反对将执行进行电视转播的死刑保留论者没有勇气面对自己保留死刑的信念。这一观点的轻率已经被揭示过了。人们还会说,尽管犯罪人多么死有余辜,但是见证一个人的死亡时刻总会激发人们的怜悯和恐惧。如果那些赞同在电视上转播死刑的人还能找到办法在电视转播造成这次执行的谋杀活动的话,在电视上转播死刑执行的观点还有些价值,尽管价值并不充分。至少,这样一种表达会更平衡一些。

扒手轶事

关于公开执行的争论让我想起了扒手的轶事。尽管这则轶事经常在死刑废除论者的作品中提到,但是我无法确定其出处。通常,这则轶事被错误地归功于出自约翰逊(Johnson)博士为朋友写的传记中。(我本人也曾经犯过这样的错误。)

根据轶事的说法,无数的扒手活跃在18世纪伦敦的人群里行窃,而这群人恰恰是聚集在一起看某个扒手被绞死的情形。那些报导了这个无法考证的轶事的人——未必确有其事,但是故事很精彩(*se non é vero é ben trovato*)——他们通常会得出结论说,即使绞刑就在眼前发生,也无法威慑住扒手。那么我们有如何期待死刑能够威慑谋杀?既然死刑不能威慑扒手,那么死刑也无法威慑杀人犯。这一似是而非的结论并不合乎逻辑,下文任一或全部理由均可说明: 245

1. 只有其他因素都不变的情况下(*ceteris paribus*)一种刑罚增强了,人们才能期望更强的威慑效果。实际情况并非如此。几个世纪以来扒手一直都会被绞死。一旦被确定有罪,他们都预料到会被绞死。尽管有众所周知的绞刑威吓,那些继续做扒手或者刚成为扒手的人显然没有被绞刑威慑住。我们没有理由期望他们在看到一个同类被他们有了完全预期的绞刑绞死之后,就被威慑住了。只有当刑罚增强,而非保持不变的时候,某种犯罪率才会降低。期望那些在清楚知道自己所冒的风险和当前的刑罚之后犯罪的犯罪人,后来却受到同样的风险和刑罚的威慑,

这是不合逻辑的。只有刑罚适用得更频繁，或者刑罚变得更严厉了，才会有更多的犯罪人会受到威慑。

我们所知道的只是，死刑确实在不确定的程度上减少了扒手的数量。仍旧有些扒手活跃在街头的事实并不能证明死刑没有减少扒手的数量。任何的刑罚都不可能完全地消灭一种犯罪。刑罚，包括死刑，人们都只能指望其减少犯罪的发生次数。

2. 人们可能会反对公开执行死刑，因为死刑的公开执行尽管没有改变刑罚本身，但是却使得死刑为人所见，栩栩如生，且使人印象深刻。或许是这样。但是死刑执行在 18 世纪并不是非同寻常之事。每个人对死刑都泰然处之，并当作一种公众娱乐。死刑聚集了庞大的人群，他们的注意力都被死刑吸引住了，给扒手带来了绝佳的作案机会。

3. 轶事中呈现的事实既无法证实公开执行绞刑的威慑效果，也无法驳斥公开执行绞刑的威慑效果。或许活动在观看死刑执行的人群中的扒手数量，少于活动在因为其他原因聚集在一起的同样规模的人群里的扒手数量。或许观看死刑的人群中扒手更多。除非我们获知(1)活跃在观看死刑执行的人群里的扒手人数，(2)他们作案的数量，然后与(3)活跃在因为其他原因聚集在一起的人群中的扒手数量，以及(4)这些人作案的数量进行比较，否则我们就无法弄清楚。没有这些数据，就无法得出结论。威慑力永远是比较的结果。没有会主张任何刑罚或者任何刑罚的增强能够威慑所有的犯罪人。无论是关于死刑的威胁还是监禁刑的威胁，威慑理论都只能提出，刑罚会减少(而非消除)犯罪，更严厉的刑罚，包括死刑，比宽松的刑罚能起到更大的威慑效果。

246 即使刑罚的严厉程度大幅度增强，而且犯罪会受惩罚的风险也大大提高，对于那些习惯性地从事犯罪活动的人——比如，扒手，其增加的威慑作用往往也很渺茫。严厉程度增强的刑罚对于那些已经从事犯罪的人基本没有影响。相反，他们所起到的作用是减少开始犯罪活动的人数。犯罪或者守法的惯习一旦形成，威慑力的影响就很少，不如它在习惯形成过程中的影响力。

许多对威慑力进行的研究没有获得成功，是因为他们都忽视了一个

事实:威慑影响的是习惯的形成而不是影响习惯本身。因此,威慑起到的是长远的效果,而在短期内效果并不显著。然而,大多数研究所关注的都是一段较短的期间。这些短期研究只能测试出新的或者旧的刑罚威胁对于犯罪习惯已经形成的犯罪人的影响,然而,威慑的效力只有通过测量刑罚威胁在习惯形成过程中的影响才能确定。

犯罪习惯对刑罚威慑的回应,就如同经济习惯对于失业和工资下调的威胁的回应。对于已经就职于特定职业,比如说挖煤或者制作帽子等人来说,这些威胁只有细微的影响。它们只对新进入这些行业的员工的数量产生显著的影响。犯罪职业也是如此。

复仇与报应

经常有人争论说,死刑的适用只是为了满足某种毫无价值的复仇的愿望——野蛮的、没有仁慈之心,而且毫无用处。是这样的吗?复仇是适用死刑的原因吗?很显然,死刑的适用不仅是为了复仇或者报应,而且是为了威慑的目的——将死刑的威吓适用于被确定有罪的杀人犯,以便挽救将来谋杀案件的受害者。不过让我暂时将这一点放置一边。

报应当然也起到了某种作用。报应在某些方面区别于复仇,但是两者并不全然不同。复仇是一种个人事件,一种想要和某个伤害了别人的人"扯平"的愿望,而不论这个人所做的合法与否。报应与复仇不同,报应是法律预先对法律所禁止的行为的威胁。它经由正当程序施予,正如法律所威胁的,它只对犯罪行为使用。报应也要受到法律的限制。即使不存在人身伤害和复仇的愿望的时候,报应也可能强制执行;与此相反,当不存在犯罪也没有发生真实的伤害的时候,复仇也有可能实施。复仇的愿望是一种个人情感。报应是合法施加的一种社会制度。

纵然如此,被包括死刑在内的刑罚社会化了的动机也有可能包含了复仇的动机。但是动机不应当与目的混淆,至少不应当同效果相混淆。比如说,死刑的动机可能有复仇,至少从女儿被谋杀夺走的父亲那一方来看,有复仇的动机。然而,法律的意图,可能是想要威慑其他的杀人

犯,或者通过报应性的刑罚来强化社会团结。这些效果中有其一或者全部可能可以实现,或者全部都无法实现。

现在来考察一下复仇的动机。它终究是如此可鄙的吗?或许宽恕会更好些。但这并就是说复仇是不好的。毕竟它可能是一种补偿活动,让人在心理上得到弥补。如果伤害恰是复仇所要求的,那么我无法想象从哪一点看复仇在道德上是应当受到谴责的。但是,复仇可能会引起社会破裂:只有复仇者能够决定要以什么方式、为谁、在何种程度上、何时、为了什么实施复仇。这就有太多的机会武断地给人造成伤害。因此,社会往往会将复仇转换成法律报应,代替受伤害一方依照其应得的来分配正义,由此限制和规制复仇。

报应很难去界定。一旦等量报复法则(*lex talionis*)被放弃不用,人们就更难确定什么样的刑罚才能满足"应得的报应"的要求了。然而,报应确实给了人们公正的感觉,如果法律要为全社会所支持,这种感觉是必不可少的。在谋杀案件中,我们的公正感所要求的刑罚是不言而喻的。很难让人理解为什么法律应当承诺他对受害者的所作所为决不会还施其身,只要他活着一天,他就可以在监狱里花费纳税人的钱、不愁吃喝且受到保护。

尽管时髦的教会人士最近倾向于反对犯罪人的这种待遇,在历史上主要的基督教会、罗马天主教和新教,都坚定地支持死刑,因为根据无数的圣经章节,基督教义都提倡对谋杀适用死刑,有时候还对我们今天当作轻罪看待的违法行为适用死刑。再三被人引用的"主说,伸冤在我,我必报应"(《新约·罗马书》第 12 章第 19 节)并非如其宣告地那样反对复仇。保罗并没有引用上帝的话来反对复仇,而是引证上帝的话来将复仇权收归他本人:比不得寻求复仇,你必得留待我主实施报应。根据基督教的传统,上帝的刑罚将施与他不肯宽恕的人,上帝的刑罚比任何复仇的人类能够施加于别人的要可怕得多,也持久得多。有什么会比触犯上帝的律法将遭受的刑罚、被处以地狱之刑更糟糕呢?上帝认识到人类复仇的愿望,也并非不赞成这种愿望。他告诉我们将这种愿望的实现交给他来解决。

如果我们回到尘世，继续读《罗马书》第 12 章的后面，我们会发现后一章，在第 13 章里耶稣十二门徒之一的保罗头脑中真实的想法。"统治者"，他在第 13 章第 4 节中说，"他不是空空的佩剑。他是神的仆人，是伸冤的，惩罚那作恶的。"意图很清晰。统治者，而非受到伤害的个人，将"伸冤"。造成社会分裂的个人复仇应当被制度化，由社会报应来代替，由统治者来进行报应。福音书也从未反对他的说法，在同样被人再三引用的有关章节中，它也支持了报应。 248

约翰·P·康拉德：

本章讨论了三个各不相关的主题。关于野蛮化我要说的比较少，关于扒手要说的多一些，关于复仇和报应想说的更多。我们的分歧在以下的交流中肯定不是南辕北辙的，但是也值得简要地讨论。

关于野蛮化

有关公开执行死刑的叙述在诸如拉齐诺维奇（Radzinowicz）的《英国刑法史》（*History of English Criminal Law*）[3]或者福柯（Foucault）的《规训与惩罚》（*Discipline and Punish*）[4]等论著中都可以找到，对于这种奇观的叙述当然都验证了我的挑剔的对手的厌恶情绪。泰伯恩行刑场（Tyburn，译者注：旧时英国伦敦刑场）和新门监狱（Newgate，译者注：在伦敦西门的著名监狱）发生的供 18 世纪的伦敦平民，以及许多贵族的"上等人"消遣的绞刑，都是野蛮的事件。这种活动的中心特征——犯罪人的淡泊生死或者惊恐万状，他的忏悔或者自认清白的最后陈述，在他悬挂在绞刑架上之前的最后时刻的全部举止——被看作是戏剧性的活动，对此，人们可以进行比较和鉴定式的判断。

---

〔3〕 Sir Leon Radzinowicz, *A History of English Criminal Law*, vol. 4, London: Stevens, 1948, 1956, 1968. 尤其参见第一卷，该卷充斥着对死刑历史的回顾。

〔4〕 Michel Foucault, *Discipline and Punish*. trans. Alan Sheridan, New York: Pantheon, 1977, pp. 3 – 6.

即便当代最激烈的死刑倡导者也反对公开执行。就我所知,没有接受死刑废除论者提倡的对电椅或者绞刑架执行死刑的仪式进行电视转播的建议。范·登·哈格博士正确地想到,人们看到一个人以这样一种情形面对自己的最后时刻,将会激起对这个人的不适当的同情。

简言之,我们的集体性洁癖要求将这些可怕的奇观置于人们看不见的地方。无论它们能够提供多少的教诲,它们都必须限制在报纸报导的范围,决不能用图片来再现原始场景。我们保留了必要的专家出席死刑执行。无情取代了野蛮化。这是否是一种进步留待他人判断。我更赞成整个过程的废除。

249

关于绞刑架上的扒手

就我所能获得的资料,扒手悖论的原始版本出自 19 世纪的一本思想类著作,书名为《死刑暇思》(*Vacation Thoughts on Capital Punishment*),由某个名叫查里·菲利普斯(Charles Phillips)的人所著。我自己没有收藏这本书,但是该书在那时候甚为流行,出版了 4 个版本。我在亚瑟·凯斯特勒(Arthur Koestler)的《绞刑沉思》(*Reflections on Hanging*)一书中找到这个信息。亚瑟·凯斯特勒援引了这位作者,并解释如下:"小偷们选择那个被绞死的人挂在他们面前的时候作为最恰当的机会,因为他们知道,每个人的视线都集中在那人身上,所有的人都在向那儿看。"[5]

确实如此。这只是让我的对手困惑不已的部分答案。扒手在扒手被绞死的时候扒人钱包的咄咄怪事没有回应他的四个详细分析的观点。我认为对于悖论的以上解释已经足够简单了。扒手有绝好的理由相信他们在行窃时被抓到的机会,或者在其他情况下被抓到的机会,非常小。在当时,伦敦还没有出现有组织的警察。逮捕诸如扒手的犯罪人有赖于受害人的积极主动,坚持不懈,以及好运气。当受害人偶尔会具备这些必需的条件,或者小偷很是笨手笨脚的时候,就有可能会逮到扒手,扒手

[5] Arthur Koestler, *Reflections on Hanging*, London: Gollancz, 1956, p. 58.

会被审判然后送上绞刑架。

但是在18世纪的伦敦，正如在20世纪的纽约一样，犯下轻微的财产犯罪之后逃脱刑罚的机会是极好的。如果你可以弄走我的皮夹却没有被当场抓住，那么你就不会被抓到。而且，既然扒手根本不会被逮捕，也不会进入审判程序，那么对扒窃行为实施哪一种刑罚又有多大的意义呢？

除非实施了犯罪的人有足够的人数被逮捕，使得刑罚对他们来说也是一件非常严肃的事情，否则，范·登·哈格博士所说的“刑罚，包括死刑，人们都只能指望其减少犯罪的发生次数”。

我的完全根据经验的对手的计量经济学对煤炭矿工和帽子制造商来说是有效的，但是也许对持枪抢劫犯和入室盗窃犯也或多或少有效，只不过后两种职业的刺激和障碍要比在矿山或者制造厂里的稳定工作中的刺激和障碍复杂得多。但是谋杀几乎不是一种职业。除了职业杀手和契约杀人犯以外，没有人“进入”杀人的生涯。杀人事件发生于一时冲动，基于真实的或者虚构的刺激，或者，有时候只是在实施其他犯罪的过程中并非有意造成但应当承担罪责的事件。将经济分析应用于谋杀，是一种谬论，其荒谬程度在大学的办公室里或者在学术研讨会的黑板上并未如此明显。在现实生活中，它却显得异乎寻常地不恰当。 250

范·登·哈格博士用斜体字表明了他极力的强调，他声称：“威慑……影响习惯的形成。”他怎么知道威慑影响了习惯的形成的？他没有任何说明；他仅仅对关于威慑的研究集中于“短期内”表示了遗憾。我还不得不想出一种研究的思路，使他能够测试出从长远来看威慑对习惯形成的效力。我预料到我的独断的辩论对手非常肯定，他的常识判断不可能被经验研究驳倒。

关于复仇与报应

范·登·哈格博士恰当地将报应解释为一种满足受害人复仇愿望、又能避免尾随个人复仇而来的社会混乱的方式。对于这一点，我们俩的

看法是一致的。但是我觉得我很难赞同我的对手给报应所下的混乱的定义。在我本人论述此主题的章节中，我付诸相当大的精力在谴责犯罪，促进围绕行为规则形成的公民团结的意义上界定报应这一概念并解释其作用。我解释清楚了报应没有，不能也不得以等量报复原则为基础，而似乎范·登·哈格博士始终徘徊又徘徊于渴望复活等量报复法则。

正如我们俩人都不是律师一样（虽然我们激烈地斗胆对宪法问题进行论辩，而只有律师经常关注宪法），我们俩也都不是神学家。我无法宣称自己精通研究保罗的使徒书信的圣经解释学研究。虽然如此，《罗马书》第12章的明显意图已经不够清楚了：保罗规劝人们忍耐和宽恕那些对我们作了坏事的人。在这崇高的一章的最后一节，他劝诫他的罗马使徒（communicants）说，“你不可为恶所胜，反要以善胜恶”，这一方面是神学，另一方面，似乎就像一条赖以为生的绝佳原则。在第13章，范·登·哈格博士借其中的一节来验证自己用刽子手来以恶制恶的偏好，我只知道，一名虔诚的基督徒必须服从尘世的统治者和统治者的权力，因为统治者的权力由上帝所授予。好人对统治者无所畏惧，而恶人必然会遭遇统治者的配剑和统治者实施的报应。我猜想，在1世纪的罗马配剑可以预期，而虔诚的基督徒也无法请求豁免于罗马帝国的权力。

那么，我的狡猾的辩论对手论述的重点是什么？无论是现代的基督徒，还是美国民权协会都不会主张国家没有也不应当拥有无论如何似乎都与统治者相匹配的罚恶之权。作为一名价值中立的伦理学家，我认为，死刑是不明智的，不必要的，是刑法的一大败笔。假如宗教人士和神学家的意见与我一致的话，我也并不认为他们违背了圣保罗对他们的教导。

251

欧内斯特·范·登·哈格：

我保留自己的看法。我认为我的观点并没有被驳倒。但是康拉德教授的回应引发了我的两点想法。

1. 正如康拉德所说的，我不是律师也不是神学家。我也不是一名罪

犯。即便如此,我觉得我有能力论述关于犯罪、法律,以及宗教的问题。人不是非得亲自参与某事,才有资格对该经历发表看法的——否则的话,就只有纳粹党人才能写关于纳粹主义的书,只有古希腊人才能探讨古希腊了。

2. 如果我们能够将公正和仁慈清楚地区别开来的话,圣保罗的使徒书就能够得到更好地理解了。在我看来,康拉德教授并没有分清楚。公正按照可以认识到的功过来分配刑罚(或者报酬)。我遵从圣经,相信杀人者死。仁慈则是对痛苦之人,受惩罚之人或者可怜之人付诸同情,而不论其是否应得。福音书确实强调了仁慈,但是并未希望以仁慈替代公正。没有了公正,任何社会都无法存续。上帝自身也首先以公正示人——依其功过,将人发配至天堂和地狱。另外,上帝是仁慈的,他也要求我们在爱罪犯、而憎恨罪行的意义上仁慈。悔过的犯罪人或许真的会得到救赎。但是基督教的经文并没有说他会在这个世界上得到救赎,也没有劝告我们以仁慈之名废除公正,废除包括在公正之中的罚当其罪的死刑。



▼
▼
▼
第十二章

激情犯罪

253　**欧内斯特·范·登·哈格:**

与某些犯罪诸如逃税或者入室行窃不同,许多谋杀都是“激情杀人”。“激情杀人”的传统形象会让人想起丈夫发现妻子与另一个男人通奸,于是当场(*flagrante delicto*)袭击妻子。在情绪激烈怒气冲天之时,戴了绿帽子的丈夫或者男朋友,杀死了她以及(或者)她的情人。这样的激情某些地区可以作为一种法定辩护事由,在有些地区则可以作为减轻处罚的情节,因此,“激情犯罪”所受的处罚,不像在没有激情动机的情况下实施同样的行为的处罚那样严厉。我知道,在美国,激情犯罪没有被适用死刑——尽管界定激情犯罪的情形时有变化。

刚才描写的正派的丈夫似乎有点不大可靠。难道他对此一无所知吗?那为什么他会持有凶器?为什么不可能是他有所怀疑然后设了个陷阱呢?如果他真的设了陷阱,我们还能说他是激情犯罪吗?尽管“激情犯罪”很难界定,但是的确会发生。如果在一定范围内界定,他们大约可以包括所有杀人案件的2/3。无论是因为金钱还是因为性,还是在酒后争吵的过程中,朋友在盛怒下袭击了朋友,或许就构成激情犯罪。即便并非因为故意,其结果也可能是致命的。盛怒可能导致莽撞行事。因此,我们可以为了我们的目的,将激情犯罪界定为发生在人与人之间,至少是彼此认识的人之间的非预谋犯罪,犯罪人由于受强烈情绪的控制而

丧失理智犯下罪行,而非经过理性的思考或计算。这决不是一个让人满意的定义。它包括了激情,诸如嫉妒或者盛怒,但是排除了其他同样非理智可能对陌生人发作的情绪。而且,它假定激情总是突然发作的,而且不会持久到有暇计算。然而,威尔第(Verdi)的同名歌剧(指 Rigoletto,《弄臣》——译者注)中的弄臣黎戈莱托(Rigoletto),在他密谋杀害曼图亚公爵的时候,虽然他并没有进行仔细计算,但他确实是受到了复仇的激情的推动。所以,预谋和激情并不是互相排斥不能共存的。 254

尽管如此,我们的定义有助于排除某些犯罪,诸如,契约杀人(contract murders);或者通常在许多抢劫案件中发生的,受害人和杀人犯之间彼此不认识的谋杀;许多事先经过仔细计算的,作为重罪的一部分的所有谋杀,都被排除在外。对这些犯罪的排除可能有点武断,但是所限制的类别是合理的:通常人们不会对陌生人抱有无法控制的激情。激情只能发生在熟人之间。(当公认的性的所有权被侵犯的时候,所激起的)无法控制的怒火或者嫉妒往往会非常频繁地一再发生。

这又引发了不同的问题。激情究竟怎么样控制不住?这个在激情控制之下犯了罪的人究竟有多少责任?人们该如何区别可以控制的激情和无法控制的激情?法律显然是假定激情行为在一定程度上是可以控制的。否则的话,激情犯罪就不可能被威慑,也不应当承担刑罚。然而如果无法控制的激情行为如果不具有可罚性的话,这种行为就在无意中受到了鼓励。有些人会更愿意失去控制,他们明白自己可以这样做而无须受到惩罚。

所有问题让人困惑难解。为什么性的激情就是更可敬的,更应该减轻处罚的,比其他任何激情犯罪更无法控制的呢?某人试图谋杀总统以此在某位并不认识自己的女孩心目中留下印象,这人所犯的是否激情犯罪?约翰·欣克利(John Hinckley)是激情犯罪吗?刺杀罗伯特·肯尼迪(Robert Kennedy)总统的舍汉·舍汉(Sirhan Sirhan)是否多半受到政治激情的驱使?政治激情是否比性的激情稍微不冲动一些呢?当某人看到堆成山的金钱的时候,他是否为贪婪的激情所征服了呢?嫉妒是否真的比对金钱的贪婪更能控制人呢?——或者,是否嫉妒只是更能得到

理解而已？当权力的激情促使人犯罪的时候，为什么嫉妒就比它更应减轻处罚呢？[1] 强奸犯是否也是受到激情的影响？

255 激情犯罪不可能被威慑的信念通常来自于以下假设：①威慑力要求计算，②在激情的影响下，犯罪人不可能去计算。这两个假设似乎都是靠不住的。

因为威慑不去盗窃的人通常是不计算的。他们只是觉得盗窃是不对的，或者至少，盗窃会受到处罚。那种感觉，而不是计算，威慑了他们——以至于大多数人都没有真的考虑过去盗窃，而且当一个犯罪的机会摆在面前的时候，也不会去计算。但是这种态度本身是产生于盗窃是错误的这样一种认知，以及这种认知的内化，并且经由盗窃会受到惩罚这样一种认知的强化。威慑力不是一种计算。它在一定程度上是有法律决定一种情感态度，但是并非有意识地依法产生。在激情犯罪的情况下，激情压倒了犯罪是错的会受到的惩罚这样一种感觉。但是这个感觉是否会被压倒在每种场合下各有不同，不仅要看激情的力量，而且要看对刑罚的恐惧程度。不同的激情不是一种同质的区别只在于数量多少的东西。激情在强度、质量、目标，以及可控制性上都有差别。以刑罚威胁来控制激情的可能性也相应的各有差别。

为了说明观点，假设激情永远都是非理性的，无法受到限制的。（如果情况确确实实是这样的话，那么“激情犯罪”就不应当是一种犯罪。只有在实施一种犯罪的人可以避免犯下这种行为的时候，才能够叫做犯罪。）如果在稍微不那么激进的意义上，大多数杀人犯都是激情犯罪的话，如果杀人犯既非完全无法控制，也非完全理性的话，我们应该对杀人

〔1〕 对丈夫和妻子之间可能发生的挑衅行为，或者难以控制的剧烈情感以一定的宽容，这是合理的。此外，法律很难去评判家庭中发生的争斗究竟谁对谁错。诸如盗窃，或者性骚扰等这样一些法律术语很难抓住家庭争端的本质。而且，许多法律执行机构也对朋友之间或者家庭成员之间发生殴打的争端关注甚少，其应对策略也确实让他们丧失了他们可能需要的或者有权得到的保护。就像某些警察局所做的那样，只有或者除非发生实际的谋杀案件，其他一律不理。警察可能会在不胜其烦地解决诸多问题之后，面对的是一名拒绝出庭作证的原告，这是事实，但是这一实际的理由几乎不足以用来作为漠视所有家庭争议的动机。

犯废除死刑吗？我会说不应该。在有死刑的情况下，如果大多数杀人犯都是激情犯罪，都是非理性的人或者理性人在不理智的时刻犯下的罪行，这就可以证明理性人不会实施谋杀。为什么呢？这是死刑的威慑效果吗？死刑的威胁会有如此的威慑效果，以至于只有非理性的人才会不受其制约。显然，我们没有理由废除如此有效力的一种刑罚。

不幸的是，不是激情犯罪的杀人犯——"陌生人杀人案件"，杀人犯和受害人互相不认识；重罪谋杀，比如说在抢劫过程中杀人——的比例，还在上升。[2]

最近，陌生人杀人案件在所有谋杀案件中的比例的上升，很有可能与不执行死刑有关。尽管在大多数州，法律都规定有死刑，但是死刑极少适用，只对极少数案件适用死刑。这很有可能是为什么每年在美国会有2万起谋杀案件发生，而其中有1/3以上是陌生人杀人案件的原因之一。 256

约翰·P·康拉德：

在远古时候，通奸被认为是对丈夫造成的最大的羞辱。它不仅侵犯了他对妻子的所有权，而且也构成了对他的性能力不足的奚落。如果戴了绿帽子的丈夫不采取行动狠狠惩罚不贞的妻子和那个侵犯了他的婚姻权的情夫的话，就会被人认为失去了性能力。把两人都杀死被认为是适当的，因此，如果带了绿帽子的丈夫杀死了其中妻子或其情夫，或者把两人都杀死的话，不成文的法律会为其开脱。诸多文化变革，其中包括妇女运动的集中成果，是将这一不成文法以及支持该不成文法的观念归入反常事件的范围——这也日益限制了陈腐的价值观赖以生存的亚文化。

因此，激情犯罪（crime passionel），曾经被免于罪责，目前已经变成了普通的谋杀，无法完全区别于其他原因造成的杀人。这种犯罪被称为文化犯罪（crime culturel）将会更准确一些，这种犯罪让杀人犯下定决心，

---

〔2〕 See footnote p. 99.

对他来说，自己的自尊和同伴的声誉比受害人的生命更有价值。在这种情况下，没有理由可以说明为什么要对他施以宽大，但是我始终毫无例外地坚持，死刑从来不是任何犯罪的必要后果。

这样看来，我和我的辩论对手都认为，在发现配偶通奸抓了现行后杀人的犯罪人具有可归责性，对于这一点我们达成了一致。在这一章，他偏离了主题，一闪而过地讨论了威慑力形成的心理机制。我不赞同他的观点，但是我要将自己的看法暂时保留，到另外的章节再来讨论该主题。

欧内斯特·范·登·哈格：

在我看来，这一段回应似乎无懈可击。



▼
▼
▼
第十三章

死刑，犯罪人改造，圣经，以及人类尊严

欧内斯特·范·登·哈格： 257

现在来考察一下死刑的某些特性，这些特性即使死刑在死刑保留论者看来，可以非常恰当地适用于某些犯罪，却又导致人们持久又充满激情地反对死刑。

除了罚金以外，刑罚都是不能回转的。没人能够把在监狱失去的若干年时间还给一个被错误监禁的人。金钱的赔偿可能能够弥补某些失去的东西，但是无法归还失去的东西。刑罚是无法回转的。然而，死刑不仅是不能回转的（irreversible），它还是无法挽回的（irrevocable）——这与监禁刑十分不同，监禁刑可以在刑满之前撤消。而一旦执行了死刑，这个人就死了。死刑是我们所拥有的最严重的刑罚，只留待最严重的犯罪所使用，正是因为死刑是无法挽回的。无法挽回性既是否定也是肯定死刑的证据，还是其最令人恐惧最令人反感的原因。

死亡是生命中极少的无法挽回的事物之一。实践中的终身监禁只相当于在监狱里待上几年：通常在联邦监狱里服刑不少于 7 年，在各州最低服刑期限则是从不少于 6 个月到不少于 20 年不等。即使不得假释，人们也可以肯定终身监禁有意持续犯罪人的一生，而无论他本人还是预期犯罪的人都不需要或者不会相信这个事实。只要活着就有希望。

只有死亡是唯一的不可挽回的东西。终身监禁总是可以挽回的;法律可以改变;上诉可能会赢;赦免可能会给予死刑犯。而且,总是会有越狱的希望。大多数被判处终身监禁的犯人被问到的时候,都会告诉你,他们258 想越狱。成功的人很少,但是人人都有希望。因此,终身监禁事实上被看成是刑期不确定的监禁,而且这并非不切实际。

狱中生活与外面的生活相比是严酷的,但是人人都会慢慢习惯。今天的监狱有很多娱乐,有棒球还有电视,还允许犯人有许多爱好。狱中生活仍旧严厉,但是已经不像过去那样严厉了。最重要的是,它还是生活,至少不用去死:那些被判处死刑的人中有压倒性的多数都拼命想要改判终身监禁。

为什么死亡如此可怕?我们都必然会死。正如我之前所指出的,死亡并非被判处死刑的人生命中出现的新元素:我们所有人都被判处了死刑。监狱反倒是一个新元素。它剥夺了犯罪人原本拥有的自由。死刑并没有剥夺罪犯原本拥有的生命。用约翰·斯图尔特·密尔(John Stuart Mill)的话来说(他在英国平民院发表的支持死刑的言论),死刑"加速了死亡"。加速死亡意味着很多东西。即便是故意加速他人死亡的杀人犯,也尽可能地想要保住生命。

为什么我们都执着于生命?我们把生命看得如此重要吗?有些人的确如此。但是有很大一部分人只是害怕去死而已。那种恐惧很难用理性来解释。暂且把宗教放一边,我们除了没有出生,没有什么比要去死更糟糕的了。[1] 毕竟,死亡仅仅是不存在了,是人生经历的结束。因此,它不会感到痛苦;不会再有体验,也不会再有感觉。

然而,死亡总是会和将死相混淆,将死是和生命告别的过程。生理痛苦和屈辱是人之将死的一部分,但是最重要的,将死是与生命分离,与我们所爱、所感受以及所希望的所有事物分离。它是一种终极的分离,与体验生命的自我的分离。

---

[1] 对于那些信教并且期望死后上天堂的人来说,死亡应当比那些不信仰宗教的人相对不可怕一点。

死刑使我们分离的焦虑变得尖锐,因为死亡变得清晰可见且又突然,然而,如果没有死刑,大多数人都会慢慢死去,或者,即使突然死去,他们也不会预见到自己的死亡。此外,或者最重要的是,当一个人被执行死刑,他不是刚好要死了,他是被杀死的,被强制剥夺生命。他被告知,他太邪恶了,不值得跟别人一样生活下去。虽然被死亡所威胁,我们通常会得到社会所能给予的全部帮助和安慰。但是被定罪的人却被宣告了死刑。社会不仅没有帮助他活下去,反而故意缩短他的生命。他被告知他的人类同伴不希望他跟他们一起生活,或者在地球的任何地方生活了。

我们都很难想象我们自己的末日。虽然我们知道我们都会死,但是我们不能想象我们自己的不存在;我们不能想象无法感受到自己的感觉。对死刑的恐惧部分是出自对未知的恐惧。它也是由于混淆而产生。259 人们的恐惧从死亡本身转移到了施加死亡的刑罚上了,就好像刑罚造成了某种原本可以避免的事情一样。最后,但是决非不重要的是,对死刑的恐惧是对故意被杀死的恐惧,被活着的人可耻地迫使其从生活中离开。

死刑是当前适用的最严厉的刑罚。它是否过于严厉了?是否没有犯罪值得适用死刑?它是否不人道?死刑是否亵渎了人类的尊严或者生命的圣洁?对此,死刑废除论者的观点显得最为混乱而且最为激昂。死刑废除论者承认,对于犯下某些罪行,比如以残忍方式杀死儿童、契约杀人杀死无辜者获取金钱,应当适用最严厉的刑罚。但是死刑废除论者在不同场合发表了如下不同观点:①死刑没有多少建树;②杀人犯是疯狂的;③他们应当被改造,不应当执行死刑;④无论他们实施的犯罪有多恶劣,故意杀死一名毫无防备的罪犯更恶劣;⑤法律规定的死刑执行触犯不可让与的人权,即生命权,即便是杀人犯的生命也一样,因此死刑是不人道的;⑥死刑亵渎了尊重生命的圣洁的宗教或世俗的要求;⑦死刑亵渎了人类的尊严,贬低了人类生命;⑧在所有的文明国家,都有废除死刑的趋势,我们应当顺应这种趋势。

1. 死刑是否有很多建树,要看我们期望死刑来达到什么目的。死刑

可以威慑其他会被判处死刑的犯罪(参见本书第3章);死刑还有象征性的价值。它告诉干坏事的人,我们的刑罚是严肃的。不过暂时把这些功利主义的观点放一边。

如果犯罪人将受到与其犯罪相适应的刑罚,如果刑罚宣称要依照犯罪来谴责社会全体成员的话,死刑当然建树甚多。通过适用其最极端的刑罚,死刑表达了社会全体成员最极端的谴责。刑罚可以实现的,有四个目的——报应、改造(rehabilitation,又译"复权"、"复归社会")、剥夺犯罪能力,以及威慑——死刑实现了其中的三个目的,实现得比其他任何刑罚都更加彻底,只把改造排除在外。

2. 如果犯罪人被查明是"疯狂的",可不必对其犯罪负责任,他们就不会被判处死刑。他们被认为"由于精神错乱而无罪"。如果被告被判处了死刑,那么他们就被查明在实施犯罪之时,以及在审判之时,神智十分清醒,应当承担刑事责任,应当接受审判。

260 有些人觉得,任何犯了杀人罪的人都必然有精神病。那似乎是一个定义或者像是一种循环论证。"他有精神病。为什么? 他杀了人。他为什么杀人? 因为他有精神病。"没有独立的(非循环的)证据指出,杀人犯必然有精神病。从定义上坚持杀人犯有精神病的人,似乎混淆了道德范畴(杀人是错误的)与分析范畴(因此,杀人犯一定有精神病)。但是这个"因此"是不正确的。神智十分健全的人往往也会做大错特错的事。他们应当对错误承担责任,而不应当被认为是精神病。变坏,做坏事,和有精神病是不一样的;否则,就没有人需要对做错的事承担责任了。[2]

3. 没人知道如何改造(复归社会)犯罪人。接受过改造计划的人的行为与没有接受改造的人的行为,似乎没有多少差别。两者的累犯率几乎相同。

---

〔2〕 有些人坚持认为,没人对哪一种行为有责任。因为我们都"已经被注定了(determined)",以致我们无法行动,只能那样做,因此,没人应当受到谴责。假如真是这样,犯罪人不可能避免其罪行。但是法官也无法避免对他判处刑罚。因而,放之四海而皆准的决定论,与任何道德问题或者法律问题都无甚相关。

从道德上讲，我并不认为某个成年人做了错事，他就有了改造的权利。他只有接受刑罚的权利。杀人让他有了被执行死刑的权利。

如果改造（复归社会）是我们的目标的话，大多数杀人犯都将被释放。他们完全可能被他们所实施的那次谋杀给“改造”了。因为他们不可能去犯其他的罪行了。我们对他们施与刑罚并不是因为他们在将来可能会或可能不会做什么，而是因为他们已经做了什么。

4. 我们对一名毫无防备的杀人犯执行死刑，是因为他杀害了一名毫无防备的受害人。他原本可以避免他的行为及其结果的发生。他的受害人本来可以不被他杀害。他如今毫无防备，决不能成为我们不惩罚杀人犯的理由，他早就知道他的行为会被判处死刑。刑罚不是一种公平战斗的形式而是一种惩罚。

5. “不可让与”的人的生命权来自以下三个来源之一：①上帝；②自然；③社会。

（1）非宗教人士并不把上帝看作是授予权利的机构。信仰宗教的人认为上帝的意志会在圣经（Holy Scripture，the Bible）、宗教教义以及偶尔的神意启示中披露。而这所有的上帝意志的来源都揭示出，对于杀人，神意赞同并且偶尔还倡导对其适用死刑。

许多现代的牧师都跟从自由主义的时尚，支持废除死刑。无论这是否与其信仰相矛盾，他们都有权利持有自己的看法。但是我们很难理解牧师怎么能够反对圣经和宗教教义在过去2 000年都一直支持的死刑呢？既然牧师们都未曾宣称他们接受了新的神意，那么他们的观点就不能说是得到宗教教义的支持的。 261

（2）要理解自然权利是什么意思，不太容易。自然赋予的权利？事实上，自然使生存、死亡、杀人、死刑或者什么都不做，都成为可能。自然从未告诉我们该做什么，它只是给我们提供了各种可能性，让我们得以在它提供的各种可能性中进行选择。它并没有告诉我们，监禁比死刑更好或者更糟。我们不应当让自然为我们的决定负责。〔3〕

---

〔3〕 See my *Against Natural Rights* in *Policy Review* 23 (Winter 1983).

(3)权利是社会规则。权利由社会通过法律来界定和执行。如果人们提出了还未在法律中规定的道德权利或自然权利,他们就提出了立法要求。但是,想要制定一部法律和制定出法律是两回事。

如果我们承认生命权,我们的意思是,法律不允许任何人干涉他人生存的权利。毫无疑问,如果不执行这样一种基本的权利,社会将无法存续。这样一种权利如何执行?谁来执行?我们的《独立宣言》声明,"在人民中间组建政府,以保障这些权利",其中提到人的生命,自由以及追求幸福的权利将得到保障。正如宣言指出,政府是保障这些权利的必需。它们通过对非法干涉这些权利的人施以惩罚来保障这些权利。诸多惩罚通过剥夺犯罪人的原本享有的权利来体现。犯罪人被监禁,剥夺了假如他不犯罪的话应当享有的自由权利。如果犯罪足够严重,他可能被剥夺生命权。如果我们犯了罪,那么我们无论基于什么而互相承认的权利就会丧失。这就是刑罚所意味的东西。丧失的程度由法律具体规定。

要说生命权是不可让与的,相当于说法律不应该剥夺犯罪人的生命权。由生命的不可让与性得出的"论据"只是简单地重复了它想要证明的观点:犯罪人不应该被剥夺生命权,因为生命权是不可让与的,也就是说,因为他们不应该被剥夺生命权。

我们的基本法律的制定者并未禁止对犯罪人适用死刑。在制宪者生活的时代,死刑的执行也经常发生。此外,正如之前已经提到过的(参见第5章),制宪者在第五和第14修正案中规定,任何人都不得"非经正当程序被剥夺生命,自由和财产":他们暗示了"经过法律的正当程序",那些由正当程序证明有罪的人,可以被"剥夺生命,自由和财产"。

262

6."生命的圣洁"与死刑相互矛盾的思想,并没有圣经的依据所支持。在教会教义中也没有对这一思想的支持。这种"论证"纯粹是"我反对死刑"的另一种说法而已。一种观点的重新表达并不等于论证了该观点。

7.《罗马书》认为"每个人对其他任何人来说,都是神圣的(*homo homini res sacra*)"。为了坚持人类生命的神圣性,《罗马书》坚定不移地

对杀人犯执行死刑。

有的人很可能会认为，如果杀人犯跟扒手一样被监禁，而不是处死，人的生命才被贬低了。光宣称人的生命神圣不可侵犯，是不够的。告诉那些夺走无辜者生命的人，他们将丧失自己的生命，无辜的生命才能得到最好的保障。一个允许夺走无辜者生命的人继续生存下去——虽然被暂时关押在监狱里——的社会，并没有好好保护其成员的生命，或者并没有坚持其成员的生命神圣不可侵犯。杀人和其他犯罪之间的突变应当用死刑来突出强调，而不应该像惩罚小偷一样惩罚杀人犯，从而模糊两者的界线。杀人并不是那么微不足道的犯罪。

坚持杀人犯和受害人有同样的生存权，将平等主义推行得太过彻底了。它模糊了道德界线，似乎只认同生理上的平等。杀人犯的罪行使其在道德上区别于受害人。受害人有权活下去，而杀人犯因此无权活下去。如果受害人的生命是神圣的，那么他的生命就不是神圣的。

死刑在什么地方侵犯了"人类的尊严"，我们并不清楚，除非我们把"尊严"的意思规定为所谓的不能被执行死刑的权利。这是一种循环论证。

8. 西方国家确实普遍有一种废除死刑的趋势。死刑在南美洲大部分已经废除了。在那里法律废除死刑导致了谋杀频繁又任意地发生。游击队的死刑行刑队以及其敌对方的行刑队极其肆意地杀害——或者，按照他们自己的说法，"处决"——被他们怀疑站错了队伍的人。没有法律规定的死刑，也就没有安全的生命。〔4〕

西欧的情况则与此不同。德国、意大利和西班牙，更不用说近东，尽管这些国家的恐怖分子已经杀害了很多人，但是这些国家的政府并没有适用死刑。但是存在着大量支持死刑的非政府团体。有过重新引入死刑的运动。不过，在最近的法国，还是死刑废除论者占了上风。然而，我们还是很难理解这些趋势为什么就应该影响到美国对于死刑的决策。 263

〔4〕 另一方面，即便死刑为大多数居民所反对，但是用死刑来预防反政府的恐怖主义，似乎还是相当有效的。南美洲的情况就是充分的例证。

我们为什么就应该遵循英国的范例？我们早就已经获得了独立了。在德国承认纳粹主义、受纳粹主义统治的时候，我们并没有追随德国的先例。不论其他国家的做法如何，美国国内的决定应当依据我们自己的看法作出，而不是依据其他国家的看法。[5]

约翰·P·康拉德：

我的坚忍的辩论对手表达了对死刑的不可挽回性，死亡所唤起的人们普遍的恐惧的富有感染力的哀歌，以及对我们所有人都必然会死去而徒留些微尊严的表象的畅想，对此，我将不发表评论。对于所有这些反思，我都同意，对于范·登·哈格博士在该话题上的沉思，我想，很少有死刑废除论者会表示反对。

只有一处牵强之辞：我的辩论对手声称“大多数被判处终身监禁的犯人被问到的时候，都会告诉你，他们想越狱”。我的一段职业生涯使我有诸多跟终身监禁的犯人非正式谈话的机会，但是我想不起有哪一位曾经有过这样的说法。当然，有些犯人确实成功越狱了，还有一些人尝试过越狱。通常这些情况会在犯人被监禁的头几年发生，那时候监禁生涯的尽头似乎显得无法想象得遥远。随着时间一年一年过去，大多数终身监禁犯都会觉得，他们已经在这么多年的服从行为中投入了如此之多，而即使表面上看来逃走的可能也不是完全可靠，所以就不值得去冒这个险而失去被释放的机会。我可以想象，范·登·哈格博士所说的终身监禁犯和我所说的可能不是同一类——或者，跟他对话的和跟我对话的，肯定有一个说的不是那么坦白。

本章的主旨包含在范·登·哈格的八点论述的辩论技艺中。为了击败我的论据，他以八点陈述的方式来论述，然后，他以他强大的论辩威力，进行大肆毁谤和破坏。要进入他所留下废墟，试图重建死刑废除论

---

〔5〕 正文中所说的一切也适用于联合国。这个反美组织并没有立法权力，它只能代表大多数国家政府的观点。其中非洲和东欧的大多数政府都不值得我费神一顾（beneath contempt）。

者的防御阵地，是一件让人气馁的工程，但是这是我的任务，我将会尽我全力来重建我的理论阵地。让我按照我的精明的辩论对手所提出的顺序来一一考察这八点陈述： 264

1. **死刑建树不多**。死刑当然实现了被执行的已决犯的死亡，任何一名死刑废除论者都不会轻视这一事件的重要性和重大意义。较为不明晰的是，死刑是否实现了任何有用的目的，足以证明令人反感的执行死刑所要求的程序是正当的。承蒙（pace）范・登・哈格博士及其从常识的深渊里得出的主张，但是始终还是没有人能够证实，死刑比终身监禁更有威慑力。

如果终身监禁是国家所允许施加的最严厉的刑罚，报应正义也能得到满足。至于使犯罪人丧失犯罪能力，大量档案记载已经足以表明杀人犯是所有从监狱中释放出去的各类犯人中惯犯最少的。对于大多数杀人犯来说，使其丧失犯罪能力并不是重要的考虑因素。虽然有些人在年轻时期比较多变也比较危险，但是当他们人到中年，渐长的年龄就会熄灭他们的敌意之火。

范・登・哈格博士说到死刑的有益的成就的时候，他并没有说服我——或者，任何对美国的犯罪情况了解甚深的观察人。

2. **杀人犯都是疯狂的**。这不是一个问题。我承认大多数杀人犯都能通过麦克诺丹飞彩测试（McNaughtan test with flying colors）。在这种意义上，很少有杀人犯有精神病，且无须受到处罚。声称因为杀人犯杀了人所以有精神病，是一种无法让人接受的论证方式。

我并未被告知是谁得出这些与事实相反的观点。我承认在死刑废除论者阵营里有一些想法古怪的人；我还怀疑，死刑保留论者阵营里也能找到一些这样的人。

3. **杀人犯应当被改造，而不是执行死刑**。就这位死刑废除论者而言，这不是一个能维持的论点，或者，如果范・登・哈格博士认为“改造”的意思是我们真诚地相信改造项目可以适用于杀人犯治愈其杀人倾向的话。我稍感欣慰地注意到，我的敏感的辩论对手承认，如果“改造（复归社会）是我们的目的”的话，大多数杀人犯都可以释放。这样看

来,他们可以被释放,但是只有当他们服完比其他任何重罪罪犯还要更长的一段刑期之后,我才会将他们释放。

4. **无论其实施的犯罪有多恶劣,故意杀死一名毫无防备的罪犯更恶劣,但并非因为其毫无防备**。杀人犯被执行了死刑,是因为毫无防备的杀人犯杀害了毫无防备的受害人,范·登·哈格博士不能认定这就是死刑的正当理由。然而,他试图驳倒的观点恰是正确的。杀死一名毫无防备的已决犯更恶劣,但并非因为其毫无防备。死刑蓄意的本质是死刑废除论者所拒斥的东西。我们坚持,如果杀人是错的——对于这一点我们坚信不移——那么,两次错误不能合为正确。决不能美化一次谋杀,美化一次谋杀只是给已然过剩的社会病态雪上加霜。

265

5. **法律规定的死刑执行触犯了不可让与的人权,即生命权,即便是杀人犯的生命也一样,因此死刑是不人道的**。我宁可将天主教徒、新教徒以及犹太人普遍反对死刑的理论留待神学家来阐述。正如我所认为的,美国宪法应当按照时代的需要来进行解释和重新解释,所以,我也可以推测,我的对手所蔑视的"现代的牧师"认为,我们必须根据在过去2 000年里已经发生了巨大变化的世俗世界,来考虑圣经的训示。

在我看来,圣经,就像宪法一样,包含了指导我们行为的一系列原则,但是并没有规定所有信奉宗教的人们在所有时代都必须遵守的具体规则。比如说,金箴(Golden Rule,一个人要别人如何对待他,他也应该要求自己一样对别人。——译者注)实质上一条普遍的宗教原则,为所有主要的宗教所共有。大多数教徒将其作为自己生活行为的正确指导,即便人们往往难以凭借该箴言为生。我们可以推想,在没有其他方式来对付犯罪分子的情况下,虔诚的男女信徒总会找到办法使死刑与金箴相互调和。我坚持认为,这样一种调和在20世纪是不值得接受的。如果我们没有必要杀人——我们确实也用不着死刑——那么,我们就不应当去杀人。

然后,我的对手以步调快速的一个段落,仓促地否定了整套自然权利学说。我不欲在此对自然权利哲学的历史及其重要意义发表长篇大论,在此只要讨论一下美国政治生活的基石《独立宣言》就足够了。我

们的《独立宣言》假定人们享有“不证自明的”和“不可剥夺的……生命，自由以及追求幸福的权利”。对于像杰里米·边沁（Jeremy Bentham）这样的功利主义者来说，这些权利不是不证自明的，他们认为，这种说法是“站着说话不腰疼”。他坚定地忠于自己的最大幸福原则——只有国家能够不受干涉地推行最大多数人的最大幸福的功利主义目标，幸福才能够成功地被追求到。

现在，就出现了政治哲学上意义最为深远的分裂。我相信，任何民主社会都必然建立在承认生命，自由以及个体有权选择追求幸福的自然权利的基础之上。让公民幸福不是政府的责任。国家唯一的义务——事实上也是它最艰巨的任务——就是预防可避免的人类的不幸。

从中可以引申出来，妨碍另一个人的生命权是错误的。野蛮又凶狠 266 的犯罪人腰斩无辜的受害人的生命是错误的，政府处死某位公民也同样是错误的。

保守主义的政治思想过去一直依赖自然权利学说，作为其保持政治与经济稳定的各种安排的正当性依据。我非常诧异，我的貌似保守派的对手竟然如此鲁莽地将一直适用于保守主义思想的学说抛弃一边。除非他变成一位披着新保守主义外衣的边沁主义者，否则，他除了最大幸福原则以外还能选择什么？他认为功利主义学说将领导出什么样形式的政府？

最后，范·登·哈格博士指出，权利应当通过立法程序产生。然后，如果国家也依照法律行事的话，权利就成其为权利了。但是如果我们坚持存在一种自然的生命权，那么，国家就不得侵犯这种权利，无论用任何借口都不得杀死任何一个阶层的公民。举一个令人厌恶的例子：纳粹党人主张有处死所有的犹太人和吉普赛人的权利，并建立了法律和行政机构来批准和执行逮捕、监禁，并处死。作为一名自然权利的伦理学者，我也同样抵制任何国家无任何根据地宣称自己有权决定作为一名犹太人或者吉普赛人就不符合法律规定，有权决定处死成千上万的人民。只要以自然权利学说为依据，我可以轻易地坚持抵制纳粹党人对权利的僭越。

我确信范·登·哈格博士也跟我一样毫不妥协地反对纳粹党人的学说。我只是不明白,当他不愿承认自然权利的存在,或者不愿承认某些不为法律所规定的权利的存在的时候,他是如何将这些观点与自己对纳粹党人的抵制调和起来的。

政府存在是为了保障人的不可让与的生命、自由、以及追求幸福的权利,诚如斯言。政府要保障这些权利为全体公民所享有,妨碍了其他任何公民的生命,自由,或者追求幸福的权利的人必将受到惩罚,这也没错。但是那个遭受了惩罚的人的地位如何?我认为他也必须被看作是一名跟其他任何公民一样享有所有权利的公民,除了在他接受处罚期间有些被暂时搁置的权利不能享有以外,其他的任何权利都不应当被剥夺。由此可见,当剥夺自由已经是充分的刑罚的时候,生命就不应当被剥夺。范·登·哈格博士也没有成功地向我们证实,死刑的严厉性超越了终身监禁,也获得了某些更好的效果。

6. **死刑亵渎了尊重生命的圣洁的宗教或世俗的要求**。我不知道死刑废除论者使用"生命的圣洁"一词包含了哪些东西,我也不知道为什么范·登·哈格博士什么都可以以此来解释。我注意到并毫无保留地同意他所说的"一种观点的重新表达并不等于论证了该观点"的规则。在整场论辩中,我都尽可能小心翼翼地遵循这一项规则。

267 7. **死刑亵渎了人类的尊严,贬低了人类生命**。为了击败这一说法,我的博学的对手追溯到了《罗马书》的记载。某位罗马作者提出"每个人对其他任何人来说,都是神圣的(*homo homini res sacra*)"的格言是有可能的,但是罗马法的执行活动与柏拉图的悲观格言"人们像豺狼一样对待他人"(*homo homini lupus est, man is like a wolf to other men*)有更紧密的一致联系。尽管杀了人的犯罪人实施的是豺狼般的行为,国家也不应当像豺狼一样对它的公民。

在第7个要点的内容中,我的对手所说的还有两个方面应当关注。

我的对手对扒手和杀人犯一样处罚,人的生命才被贬低了这一观念,以谨慎的笔触进行了详细解释。当今做扒手已经不是一种兴盛的行业。在这个只要腰间别一把手枪,人至少就能让自己过得不错的时代,

要学习做扒手的技巧实在是太麻烦了。我觉得我从未在监狱里遇见过一名真正的扒手；其原因是，扒手数量不多，而且被抓住的扒手也只是在县监狱里拘留很短的几个月时间就释放了。只有极少的扒手才有可能非常不幸地被判处监禁。

但是要在监狱待上 15 年或者 20 年以后，才能讨论上假释名单的可能性的终身监禁犯，跟被判处监禁的扒手——或被监禁的持枪抢劫犯，或强奸犯，在监狱里所过的是不一样的生活。当杀人犯在监狱里关押了很长一段时间以后，他的罪行和其他人的罪行，尤其是掏人钱包的行为之间，已经有了足够长的间隔。正如我的逻辑严谨的对手正确指出的那样，对观点的重复不是对所赞同的观点的论证。

我要评论的第二方面是，坚持杀人犯有生命权导致道德界线被“模糊”的观念。我主张，当国家杀害了任何人，某种基本的道德界线不仅是被模糊了；而且是完全被抛至脑后了。国家杀害了杀人犯，就重复了杀人犯的杀人行为。国家以实施最极端的暴力行为的方式，确认了暴力的效力。宽恕杀人犯，不仅是宣布杀人犯和其受害人一样有同样的生命权。这也清楚无误地表明了，所有的人类，即便是我们中最卑微的，也拥有平等的不可让与的生命权。国家的刑罚权并不能扩大至将犯罪人锁进监狱、限制其自由的权限之外。

8. 所有的文明国家，都有废除死刑的趋势，我们应当顺应这种趋势。美国没有理由顺应任何趋势，除非这种趋势适合美国人。南美洲没有多少实例可以自我鼓吹，让我们效法，我还怀疑大多数南美国家，死刑的废除导致了这么多国家无法无天的暴力的盛行。贫困、特权阶级与“衣不蔽体”阶层的巨大反差所造成的民怨，以及暴政下政治生活的脆弱，肯定是造成暴力和谋杀的更强大的决定性因素，比绞刑架的拆除对谋杀的影响要大得多。 268

我也不能赞同范·登·哈格博士所说的在南非这样的国家，当地的政权公然“为大多数居民所反对”，应该用死刑作为反对恐怖主义的有效方法的建议。显然死刑有许多的用处和好处。少数种族主义精英分子可以绞死黑人以维持其种族压迫统治，是对刑法的滥用，我宁愿相信，

我们的刑法对于作为整个民族的我们，是安全的。

我们不应当为了赶时髦而追随欧洲的范例。我们应当扪心叩问，我们是否需要从诸如英国、法国以及西德等先进的民主国家学习一些经验。在所有这些国家，以及西欧的其他国家，刽子手已经引退，而且也不大可能被召回来继续工作。在西欧已经不需要训练刽子手了，而美国却仍然需要，这是为什么呢，有什么特殊的原因吗？

我的极具表达能力的对手在本章的活泼的论证，似乎是他支持死刑的最有说服力的辩论。只是其中有一些论证意义不大；他提出这些论证，只为击败某些鸡毛蒜皮的细节。至于他的有些更为似是而非的论证，在本质上全都是功利主义的，这些论证揭示出他对功利主义哲学传统的优先选择，这种哲学传统主张国家最了解什么能带给人民最大幸福。

我更愿意选择生命权绝对优先，这一自然权利是我们的政治生活基础的组成部分。

欧内斯特·范·登·哈格：

我注意到，康拉德教授在自动坦白的“牵强之辞”中承认，最初，“终身监禁犯”想越狱，后来，他们不越狱了，不想拿“被释放的可能性”来冒险。确实就如我说的一样；无论选择了哪条路，这些“终身监禁犯”都从没想过在监狱里待上一辈子。

269 金箴声明，一个人要别人如何对待他，他也应该要求自己一样对别人，或者，消极一点来说，一个人不希望别人怎样对待他，他也不应该这样对待别人。这条规则的错误之处，不在于“人们难以凭借该箴言为生”，而在于这条规则太简单了。该规则没有多少实质内容，没有真正告诉你对错，比如说，一夫多妻、一妻多夫或者同性恋、流产、累进税制、杀死通奸者或杀人犯究竟是对还是错。不过，与康拉德教授不同，我并未觉得使该箴言与死刑相“调和”有什么困难：杀人犯应当被处死，而且，如果我是个杀人犯，我也应当被处死。

杰里米·边沁恰与康拉德教授所想的相反，他认为自然权利纯属

“废话”。只有康拉德教授似乎信以为真的不可侵犯的自然权利，才是“站着说话不腰疼”。虽然我也很愿意礼貌一点，但是我同意边沁的看法。只是我的看法与边沁不一致的在于，我的看法在逻辑上并不是以边沁的最大幸福原则为基础推出来的。抵制“自然权利”的人，并不一定就要成为功利主义者。[6]

我同意康拉德所说的，让人们幸福并不是政府的责任——逾越自身能力即无义务（*ultra posse nemo obligatur*, *nobody is obligated beyond his ability*）。但是如果没有“自然权利”，民主就难以运转自如。“自然权利”能够支持也确实支持了诸多政府形式，在过去的时代一直如此。正如联合国坚持不懈地揭示的，任何事物都可以被宣布为“自然权利”。

民主要以社会授予个体的权利为基础，包括选举权与和平更换政府的权利。而赞成这些权利的人相信权利来自上帝，还是相信权利来自自然或者我们自己，都与民主无关。（但是康拉德教授说对了，杰斐逊和其他制宪者都信赖“自然权利”。）

纳粹党人的政治实践以“自然权利”的生物学版本为基础。“自然权利”学说不包含任何内在的信仰。一切有赖于自然告诉你什么。人们可以像康拉德一样，依照一种自然权利的观点来抵制纳粹党人或者像我一样，不按照自然权利的观点来抵制纳粹党人。不幸的是，在我看来，历史已经非常清楚地揭示出，自然只告诉我们可以做的，而没有告诉我们应当做的。判断何为正确，责任全在我们——我希望自然能够为我们做此判断，但是这个愿望显然无法实现。（然而，似乎已经看出，自然适合给康拉德教授提供信息，却吝于给我指点。）

我不相信，而康拉德教授却相信，“所有人——都拥有平等且不可让与的生命权”。我认为杀人犯已经丧失了生命权，因为他们拒绝给予他人这种权利。在此，康拉德教授最终解释说，这种“权利”以某种方式，来自于自然。那么，自然居然没有告知我们20世纪之前的所有先辈，杀 270

---

〔6〕 如果有读者对我的自然权利观感兴趣，想看看反对自然权利也非功利主义者的长篇大论的话，可参见 *Policy Review* 23（Winter 1983）.

人犯也有生命权，他们犯了罪之后可以活下去不被执行死刑，这真是太糟糕了。同样，自然也没有将这一点告知诸如西塞罗、托马斯·阿奎那、胡果·格老秀斯，或者约翰·洛克（其“自然权利”观念还影响了美国）等自然法和自然权利的拥护者。即便是托马斯·杰斐逊也没有了解康拉德教授所认识到的自然反对死刑的内容。在一个自由的国度，康拉德教授被授予了权利，他有权提倡给予杀人犯他所希望的任何权利。但是为什么他要将他的希望归因于自然，或者自然权利理论呢？（自然支配我们的权力来自哪里？如果我们有别的选择，我们为什么一定要服从它？我们如何得知自然想要我们做什么，不想要我们做什么？自然永远正确吗？）

约翰·P·康拉德：

我的对手在其反驳中陈述了两点，我将尽最大能力找出他的质疑之处。当然，我不会对其置之不理。

关于金箴。如果真有哪位神学家或者道德哲学家主张金箴是生活中所有行为的完整指导的话，那么，我完全没有注意到有过这种主张。伦理与道德规范并不是那么简单的。金箴对于累进税制，以及范·登·哈格博士的反驳中提到的其他问题，保持了沉默。该规则不能延伸到覆盖这些问题，并不等于该规则失去了有效性，但是该规则却是留下了许多问题——远远多于我在本场辩论中所留意到的——有待道德哲学家去解决。

可以以金箴从容为生吗？我想，大体上，要解释这句话并没有太大困难。其朴素率真恰恰就是其吸引耶稣的原因。在日常生活中要应用它的确有些困难，其原因必然追溯至人类的弱点，而非人类潜藏的复杂性。个人便利、合理化行为、对他人不幸的漠然，以及缺乏预见行为的后果的能力，全都是阻碍人们遵从金箴的因素。

然而，关于杀人的问题，该规则的适用也是朴素率真本身。我不希望被别人故意杀害。因此，我也不希望成为故意杀害别人的一方——就像国家适用死刑的时候，我却必须参加的杀人一方。即便是对于符合条

件现在要被执行可鄙的冷酷杀手，我也不希望这样。范·登·哈格博士所认为的有一些考虑因素会优先于金箴，比金箴重要，这只是一句直截了当的断言，并没有提出正当理由来证明。 271

关于自然权利。一方面，我的智慧的对手敦促我们最严格地忠实于制宪者们对于残酷且异常的刑罚的本质的理解，他认为，我们偏离了这种理解，就很有可能破坏宪法的完整性。如今，在另一方面，他却公然指责作为我们的宪法的基本观念，清楚规定在我们的《独立宣言》以及宪法的导言中的自然权利思想。于是他迂回曲折地暗暗诋毁了美国人权宣言。在此，我们无须关心这一点。

与我们有关的是，作为这个国家多数人意见的连续性，自然权利由制宪者们规定下来，是统治我们的社会，并确定我们的法律的限度的原则。并非某个神秘的"自然"授予了这些权利，而是我们的宪法的制定者，选择将我们的政府制度，以及限制我们的法律的规则，建立在所有人的生命，自由以及追求幸福的权利的基础上。

要实践制宪者的期许，我们面临着很多困难。我相信，任何理性的公民都不会希望废除他们所奠定的权利。我认为，由于这些权利得到认同，美国比起世界其他任何国家，更多人生活得更加自由和更加满足，显然这并非仅我一个人有如此想法。我虔诚地希望，这些自然权利将继续被当作"不可侵犯的"（用边沁的精确词汇来说），或者"不可让与的"（制宪者所表达的边沁的同义词）。我不能认同他将自然的不可侵犯的权利嘲笑为"站着说话不腰疼"。

欧内斯特·范·登·哈格：

确切地说，金箴不会为死刑所推翻（我也没有说金箴应当被推翻）。我不希望被别人杀害；因此，我感觉有不去杀人的义务。但是我确实相信，杀人犯应当被处死；因此，如果我犯了杀人罪，我也应该被处死刑。（伊曼纽尔·康德确确实实认为，金箴实际上要求处死杀人犯。）

▼
▼
▼
第十四章

死刑的象征意义

273

欧内斯特·范·登·哈格:

每年在美国有55 000人死于交通事故。超过20 000人死于谋杀。在黑人青年中,被谋杀是最常见的死亡原因。尽管如此,死刑只被科罚给极其少数的谋杀犯,而在这些被判处死刑的谋杀犯中,在过去的10年间(1973–1983)每年只有不到5人被执行死刑。依据这些事实,显然,死刑无论对于死刑保留论者还是对于死刑废除论者来说其重要意义只是象征性的:死刑带来的实质影响,直至相关的社会问题,都是可以忽略不计的。但它的象征意义是不能不考虑的。[1] 作为一个标志,死刑是非常重要的,从这个标志人们能够推断出社会的态度和用来表达这些态度的方式。因此,这是一个很重要的话题。

死刑废除论者认为,死刑向公众传达了错误的讯号,并表达了一种野蛮和无用的报复观念。他们相信,通过对罪犯执行死刑,政府认可了人们拥有剥夺他人生命的权力这种观念。他们主张,在任何情况下,任何人都没有剥夺他人生命的权力。无论人们所犯罪行为何,都不应对他们科处死刑。

---

〔1〕 这也在某种程度上反映了作为整体的刑事司法的情况:只有非常少的犯罪——少于3%的犯罪——被判处监禁刑。

大多数死刑废除论者同意正当防卫和战争属于正当的杀人的情形。但刑罚不是正当防卫。如果犯罪人能被政府执行死刑，那么“生命的圣洁”[2]不再完整。连政府自身都没有尊重它。人们自然就会形成亵渎它的习惯。然而死刑废除论者坚称，没人会邪恶透顶和不可挽救到了失去生存权利的地步。自然，罪犯是错误地杀害了他人；但这不应导致政府对他们执行死刑，因此而允许杀戮。最后，即使有人在上帝的眼中邪恶到了应处死的地步，也没有哪个法院、哪个政府有能力决定应由上帝来决定的事情。[3] 没有哪个政府、哪个法院、哪个个人被授予了故意杀人的权利。这是死刑废除论者的基本观念。

274

死刑废除论者的信条虽然不是基督教的信条，却显然是一种信仰的形式——对于整体的“生命的圣洁”的信仰，在该信仰中，任何理由都不能使作为刑罚的杀人行为正当化。很多死刑废除论者批判了所有的宗教但却依附于这种宗教信仰的残余，这种信仰的正当性依靠的仅仅是“不可见的事物证据”，一种遭到他们的批判却又出现在他们自己的宗教信仰形式中的“证据”。实际上，主要的宗教信仰传统从来没有这样的观念：“生命的圣洁”原则禁止对谋杀犯判处死刑。基督教、犹太教、伊斯兰教的圣典都明确支持死刑。

宗教并不支持废除死刑，现在只可能剩下世俗的证据来支持这种观点，死刑废除论者相信生命的圣洁，或者有时可称为生命的尊严，可以否定死刑的存在，但这种信念或多或少仅仅只是依凭一种强烈的感觉。为何在我们的时代这种感觉会变得如此强烈，这是另外一回事，最多这只是因为心理上的思索。不论是好不坏，这可能也与我们生活中的激进的平等主义的观点有点关系。

---

〔2〕 康拉德教授并没有使用“生命的圣洁”这个词语，但其他很多死刑废除论者使用了这个词语。

〔3〕 一些死刑废除论者还加了一句：“仅有上帝能够作出这样的裁决”。但他们中的很多都不信仰基督教。即使他们信仰基督教，我们的社会在本质上是一个世俗的社会，这个社会不需要依赖上帝或者宗教来推卸它保护社会成员生活的责任，并使用实用的最世俗的手段来进行审判。

在早先时代，人们觉得精神病人或罪犯根本就不是人。给他们予关心是特殊情况。任何刑罚都不会过于严厉。不能给予他们同情——罪犯不是同情的对象。现在我们已经很少有人能够理解和接受这种激进的不平等主义——但从反对这种激进的不平等主义出发，我们转向了另一个极端，走向了追求过分平等的激进的平等主义：我们削弱，甚至消除了所有的差别，尤其是道德差别。我们心虚地摸索那些不能被否认的东西。犯罪人不是异类——他们应当得到舒适的待遇和“配偶探视权”(conjugal visits)。任何人都不至异常和邪恶到了可以被他人故意处决的地步。

275 正如死刑废除论者的立场最终依靠的是死刑的象征意义一样，死刑保留论者的立场依靠的也是死刑的象征意义。死刑保留论者，也希望通过一个标志来传达一种态度。他们也希望维护“生命的圣洁”，同样使用法律所表达的道德准则的神圣性来进行反驳。他们相信对谋杀犯判处死刑是用于反击对生命和社会权威进行亵渎的行为的一项必要手段。如果不存在人们明知可能会被杀死也要追求的东西，怎么会存在值得人们冒生命危险去追求的东西呢？如果不存在值得为其而死的东西——无论自愿与否——怎么会存在为其而生的东西呢？

死刑保留论者否认那种认为不存在罪大恶极足应处死的行为的观点，或者否认迄今为止经常被鼓吹的观点：社会从来没有或不再拥有处死谋杀犯的权力。和死刑废除论者一样，死刑保留论者认为生命应当是神圣的，他们也为谋杀犯总是出自我们中间而扼腕叹息。但他们相信，阻止谋杀犯杀人的方法，差不多也是人力可为的方法，最重要的，是表达社会不赞同谋杀的强烈观念，是保护无辜者的生命，是剥夺那些剥夺无辜者生命的人的生命，是毫无含糊的运用死刑进行威慑，是毫不畏缩的对胆敢谋害他人的任何人实施这种威慑。

是否死刑这种威慑会比其他可替代的刑罚如终身监禁的威慑能更多地遏止谋杀案的发生，这个话题我们已经讨论过了。在可预知的未来，这仍将是一个争论不休的话题。即便死刑的威慑效力确实较大，死刑废除论者还是会反对死刑(参见本书第 4 章)。下列绅士的观点真是

令我吃惊。让我在此简短的复述一下这个话题。

康拉德教授(作为一位死刑废除主义者来说他已足够理性的了),拉姆齐·克拉克(Ramsey Clark,前任美国司法部长),雨果·亚当·贝铎(Hugo Adam Bedau)教授和小查尔斯·布莱克(Charles Black,Jr.)教授,他们都是卓越的死刑废除主义者。还有美国民权协会的亨利·施韦柴尔德(Henry Schwarzchild)。他们全都反对死刑,不是因为他们相信死刑不具有比监禁刑更大的威慑效力(虽然他们也确实认为如此),而是因为他认为即使死刑威慑效力更大,死刑也是"错误的"。因此,他们的观点是一种道德观点,应当建立在他们的这样信仰之上:无论何种恐怖的犯罪行为都不能使死刑正当化。我不赞同这种信仰。我从来也没有听说过任何赞同这种信仰的令人信服的论述,区别于对这种信仰采取不同形式进行的重新阐述。这种信仰暗示,如果死刑比终身监禁更具威慑力的话,相信这种信仰的人更乐意于保护谋杀犯的生命,而不是无辜的受害者的生命,即使是受害者确实无疑地能因谋杀犯被执行死刑而幸免于难也是如此,我实在是对这种信仰感到迷惑。但我确有必要来置疑上面提到的这种信仰。他们都坚称,即使有事实证明——当然迄今还未证明——因为死刑执行遏制了某些谋杀案的发生,每执行一起死刑案件都可挽救 500 个受害人的生命,他们还是会继续反对死刑。我真的认为,为这种偏爱谋杀犯而漠视受害人的观点辩解是非常困难的——实际上,他们是偏爱谋杀犯的一条生命而漠视无辜受害人的 500 条生命。我看不出有什么理由——道德的或别的理由来支持这种偏爱。我从未听说过任何一种这样的理由。然而这种信仰是如此被人坚定的支持,正如任何典型的非理性信仰一样,它是无容置疑的。甚至对其进行最简单的置疑都不行:如果生命是神圣的,为什么两条生命——或者 500 条生命——会比一条生命更重要、更神圣的吗?难道无辜的生命不比罪恶的生命更有价值吗?

276

死刑废除论者的信仰似乎更象是宗教信仰的古怪的替代品。它认为它本身的存在就是最高的道德价值,其价值是如此之高以至于不能为了其他任何价值而杀害生命(或放弃生命?)。稍微有些没有条理的是,

永远不应杀害较坏的生命,甚至这是为了保护其他的、更多的生命。甚至是罪恶的生命也永远不能被剥夺以保护更多的、无辜的生命——即使谋杀犯的生命也是神圣的,更奇怪的是,比受害者的生命更加神圣。

如果有人真的信奉这个教条,那么所有的价值都将被贬低。如果没有什么价值值得牺牲生命去换取,那么就没有什么会比生命更重要,没有什么能够超越生命。最终,与死刑废除论者们的意图相反,将死刑废除,而不是用死刑来为"生命的圣洁(或尊严)"献祭,亵渎了生命本身。生命价值不能被奉献,和被牺牲,如果需要的话——用以换取超越生命的价值,那么生命价值是为何而存在呢?当然,如果个人的生命本身是最高的价值并且不能为了超越它的东西而牺牲的话,那么它就会贬值。谋杀犯的生命是如此重要,以致不能牺牲他的生命来维护他的谋杀行为所违犯的道德价值,主张这种观点将会矮化无辜的生命和为保护无辜生命而制定的规范。对我来说,死刑保留论者的观念——任何犯罪的负面价值都不能超越实施它的犯罪人的生命的正面价值——看起来毫无理据。

包括伊曼纽尔·康德(Immanuel Kant)和G·F·W·黑格尔(G. F. W. Hegel)在内的一些德国哲学家,深刻的论述道,犯罪人不仅有承受刑罚的道德义务——毕竟,他曾经参与了制定法律,他也必定已经惩罚过谋杀犯——而且还有承受刑罚的权利。这些哲学家认为,正是通过接受刑罚的方式,才使得犯罪人的人类尊严得以维护。他对他的行为负有责任,不像动物、小孩或精神病人那样不负责任。尤其是,康德认为如不对谋杀犯执行死刑,则是否认他作为一名理性和负责任的人而具有的人类尊严,否认社会具有维护道德律的职责。

277 几乎没有犯罪人坚持他们具有接受刑罚的权利。[4] 大多数犯罪人更愿意被视为对他们的犯罪不负责任的人。但因他们的违法行为而对

〔4〕 加里·吉尔摩就这么做了。他的行为遭到了美国民权协会的反对,民权协会认为强迫愿意死亡的人活着是一个社会成员的民权,即使这个人如此厌恶民权协会律师的操纵以致他更愿被枪决的情况下也是如此。

他们进行惩罚的权力已被除了无政府主义者之外的每个社会所接受。除非存在着特定的相反理由，我们所有人，包括犯罪人和没有犯罪的人，都应当为我们的所作所为承担责任。如果我们的行为在法律上看来是错误行为，我们就应当受到法律的制裁。对于谋杀行为而言，对谋杀犯判处的死刑是完全罚当其罪，是犯罪人应得的报应，是更有可能遏制其他人实施谋杀的刑罚措施。如果我们依从联邦最高法院在威姆斯案[5]中对第8修正案作出的解释，大意是，刑罚必须与犯罪的危害性相适应，与科罚其他犯罪的其他刑罚相均衡，据此得出的结论是，死刑与我们的宪法完全不矛盾，是我们宪法的必需。

从较为实际的角度上来看，我们应当记住，科处刑罚的法律程序是源自普通的复仇冲动的社会化。用詹姆斯·菲茨詹姆斯·斯蒂芬爵士的话来说，“刑法遵从于复仇激情正如婚姻遵从于性欲”。[6] 复仇是刑罚的一个主要动机，虽然它不是刑罚目的的必要因素（例如，威慑或剥夺权力，可能都是有目的实施的，但与复仇的动机没有关联）。目的可能超越动机，或者与动机不同。然而，仅只是废除婚姻制度将不可能减少“性欲”，因而废除刑罚也不会减少复仇的欲望。过多的减轻刑罚实际上可能会使过多的“复仇激情”转而求诸私人手段获得满足。因此，当人们觉得刑罚科罚不够公正或者不够频繁或者不够严厉，往往就会求诸己手实施法律，直接进行复仇。在美国西部法律的正当程序被认为不足于惩治罪犯，于是产生了“私刑审判”（lynch justice）。

幸运的是，这种情况在美国出现的可能性还很小。除了不能依靠法律程序解决的黑社会犯罪以外，几乎没有，有的话也很少，谋杀案是因为受害方对于法律科罚给罪犯的刑罚不满意而导致的。但是，如果不满的情绪已经相当明显，还有，现在科罚的刑罚已很宽松和不确定，将来这种情况还要变得比现在更加普遍，伴随着这种情况，不满情绪将会非常难

278

---

〔5〕 *Weems v. United States* (1909), 217 U.S. 349.

〔6〕 J. F. Stephen, *A History of the Criminal Law in England*, vol. 2, London: Macmillan, 1883, p. 8.

以控制。在司法体制被认为是软弱和效率低下的中美洲和南美洲国家里存在着复仇式的谋杀案件，只有科罚足够的刑罚，我们才能确信这种复仇式的谋杀案不会在我国出现。正如在每次民意调查中显示的一样，多于2/3的人认为死刑是惩罚谋杀罪的唯一足够的刑罚（参见本章附录）。

约翰·P·康拉德：

让我们简短的来游历一下范·登·哈格教授描述的世界，在本章中关于这个世界中的人的因素清晰可辨。游览这个世界是非常有趣的，但我认为我可不愿住在那里。霍布斯世界中的污秽和野蛮已被法律所压制，但如果我们不加提防，有人就会割开我们的喉咙。毕竟，警察不会无处不在，他们也不能抓获所有的谋杀犯以使法院绞死他们。

在范·登·哈格的世界中，每个人生来就是潜在的谋杀犯。仅有法律，严厉和拒斥和解的法律，教育孩子和提醒成人每项非法的行为将会导致严厉的刑罚。这个社会不能依靠上帝或教堂来寻求道德上的指引。道德即是法律，法律即是道德。并不明确是否不为法律禁止的事项都是允许的，但我们的领路人没有告诉我们道德指示是怎样被传达的。我们要理解的是，恐惧的后果将会阻止我们实施犯罪行为。

任何实施了故意杀人行为的人在被法院定罪以后将会毫不妥协被执行死刑。这么做达到三个实际目标。第一，每一起死刑执行都会使这个世界剔除一个丧失了生活在无辜者中的生存权的罪犯。第二，潜在的谋杀犯——这个社会的所有成员，必会牢记——也将受到遏制而不实施杀害无辜受害者的行为。没人能够相信这个世界是真实的，但我们远见卓识的领路人认为，有理由认为每起死刑执行将会挽救很多条甚至可能多达500条生命。第三，每起死刑执行都“传达了一个信号”，一个表达了社会不赞同谋杀的强烈信号。

如上所述，这是一个身处该社会中的每个人都是潜在谋杀犯的社会，但是，因为法律不可动摇的严厉，多数人们受到遏制而不会实施谋杀279 这种最恶劣的犯罪。然而他们知道，已被绞死的谋杀犯并没有白白送

死。他们的死挽救了活着的人的生命,"无论是否自愿",都巩固了社会权威机构必要的社会防卫。谋杀犯因此目标而死为人们为实现其他伟大的目标而贡献他们的生命提供了充足的理由——也许甚至会为此而死——因为伟大的目标远胜于单纯的自我保护。他们从那些被绞死的男男女女身上领会到,为了达到比他们自身更为伟大的目标,值得他们去冒生命的危险——是的,甚至是付出生命。

可以看到,在范・登・哈格的世界中,谋杀犯在绞刑台上丢掉他们的生命在很大程度上是为了**"鼓励其他舰队司令"**(*pour encourager les autres*)[7]

关于其他世界。如果范・登・哈格的世界对于我不妥协的辩论对手来说是可以真实存在的话,那么对于其他一些善意的死刑保留论者来说也必将是可以真实存在的。在此前各章中我已努力阐述了可能还存在其他世界,在这样的世界中,人们行为的标准更多的依赖于在日常生活中孩子从他的父母那里学习到的东西,以及成人互相之间学习到的东西。我并没有否认刑法和其规定的刑罚的必要性。我认为,好的社会行为更多的依靠的是社会奖励正派的和生产性的活动的激励机制,而不是通过刑罚给予的惩罚和教训。如果罚金、监禁刑和刽子手是阻止我们实施割喉杀人行为的全部措施的话,那么我们的处境将极度危险。

在此前数章中,我已经尽我所能驳斥了范・登・哈格教授在本章提出的多数观点。范・登・哈格教授指出,即使是通过绞死一名谋杀犯可以挽救 500 条无辜的生命,伪善的死刑废除论者们也更愿意保全谋杀犯的生命,当我再一次听到这种论述时,我承认我感到很惊讶。我本以为我早已平息了这种指责。让我在此再这样做一次吧。如果我能向范・登・哈格教授展示,杀死一名谋杀犯将会刺激 500 名潜在的谋杀犯杀害 500 名无辜的受害者,因为这些潜在的谋杀犯根据死刑犯成为头版头条

---

〔7〕 See Voltaire, *Candide*, Chapter 23: *Duns ce pays – el il est bon de tuer de temps en temps un amiral pour encourager les autres* ("在这个国家时不时的杀害一个舰队司令以鼓励其他舰队司令被认为是正常的"。)

的“重要人物”的经验,知道通过杀人行为可以获得昭彰的恶名,那么,我的辩论对手愿意将对谋杀犯的死刑判决替换成终身监禁吗?我的观点的荒谬性并不比高过他的观点。这两种观点都是对对方观点轻率的攻击,而不是努力提出严肃观点的举动。

280 **关于私刑问题**。范·登·哈格教授在本章的结尾提出了一个新的观点。他凶险的暗示,如果人们开始相信法律太过宽松,他们就会自己动手实现正义,并采用“私刑审判”,他相信这种私刑审判过去曾经在美国西部使用过。

他触动了加利福尼亚人的敏感神经。确实,在早先加利福尼亚州淘金潮时代,刑事司法体制没有很好地组织起来,很多杀人犯都逍遥法外。于是义务警员委员会形成了,它们对那些亡命之徒进行简易审判,其中一些受审的人被成排地绞死在旧金山的街灯柱上。这种情况只在加利福尼亚的历史中持续了不到一两年的时间——理解这种情况产生的背景非常重要,它之所以产生,是因为在那时有大量的淘金者涌入加利福尼亚州,他们中的很多人都曾声名狼藉而毫无顾忌,而此时警察和法院还没有被组织起来。我一辈子都是一名加利福尼亚人,作为加利福尼亚人我必须说明,我从未听说过义务警员委员会象林奇暴众那样进行过私刑审判。自从警察和法院开始正常运转之后,很少再听说有关义务警员的事情。

而私刑审判则是另外一回事。从18世纪开始它盛行于南部各州,表达了占统治地位的白人奴隶主阶层维护对黑人奴隶的绝对镇压的意愿。为了确保白人的残暴不会遭到奴隶的暴力反抗,实施了谋杀、人身侵害、强奸行为的奴隶通常(在有些地方是必定)会被科处绞刑,一般在执行绞刑前还会鞭笞奴隶和对其身体进行其他的侮辱。我从未听人说过,私刑审判是因美国南部刑事司法体制的软弱而导致的后果。在美国内战之后,对获得自由的黑人的恐惧使处私刑的情况进一步恶化。有时候勇敢的治安官和法官会尽他们所能阻止这些可怕事件的发生。通常他们都会遭到失败,这不是因为刑事司法体制的失败或者因为对被控犯罪的黑人处刑歧轻。如果黑人被告侵害的是白人被害人,南部各州的刑

事法庭在法律规定的刑罚范围内对黑人犯罪人顶格科刑时不会表现出任何的不情愿。而私刑时代的白人暴众更乐意于对黑人嫌犯施于恐怖的私刑,而无论他有罪与否,以此向黑人群体中的所有黑人传达白人绝对正确这种“讯号”。

绝大多数的美国民众都是遵守法律的,尽管也有一些令人悲伤的反面例子。在全国各地都散布着一些只钟情于异常私刑的不法之徒和粗鲁之辈。他们不是作为整体的美国民众的典型代表。没有迹象表明我们将在遥远的未来滑入私刑审判的深渊——而未来恰好正是,如我们最终必将实现的那样,我们成功废除死刑的时代。

关于将精神病作为辩护事由的问题。在本章的附录中,范·登·哈格教授对将精神病作为辩护事由的问题进行了精彩的抨击。我在事实上完全赞同他关于此话题的全部论述,既包括对一般原则的论述也包括对实施这些原则所要求的程序的论述。 281

我仅只附带提及一点,在精神病医师的训练中或在其临床实践中,没有任何东西能够使他具有无需对病患进行大概的诊治就可预知到任何事情的能力,没有任何东西是完全确定的。那些自负于其预见能力的精神病医师实际上患有职业上的狂妄自大症。然而不幸的是,大量被称为司法精神病学的东西都是任意性的人力所不能及的预知,它对法院产生的巨大影响,远远超出了它作为一门精神病学的分支学科本应具有的影响。

欧内斯特·范·登·哈格:

是的,我确实认为我们都是潜在的谋杀犯,正如我们都是潜在的教授的一样。实施任何行为的人都不是在生而分为不同的族群。他们是由遗传因素和环境因素的相互作用而塑造的。法律就是这些因素中的一种。法律的威慑,包括死刑的威慑,在其中发挥着双重功能。

1. 它有助于各种法律以外的教育影响因素的形成,使我们中的多数人认识到谋杀行为的罪大恶极(虽然,值得注意的是,我们喜欢在侦探小说中阅读这些谋杀行为)。谋杀行为是罪大恶极的,因为贯穿于整个人

类历史它都被社会认定为犯罪并被科以死刑——并且很久以来我们认为谋杀行为构成犯罪不是我们自身决定的而是“自然”决定的(但自然是沉寂无声的,从未听说过它反对任何犯罪,或者赞成任何犯罪,或者惩罚任何犯罪——违背自然的用监禁刑来惩罚犯罪,或者合乎自然的用死刑来处罚犯罪。而我们实施了所有这些行为)。威慑通过影响教育而影响了习惯的形成。

2. 对于那些欲图实施谋杀的人来说,法律的威慑是值得考虑的因素,但只是诸多值得考虑的因素中的一种。我赞同康拉德的观点——虽然我不像他那么确信——在威慑被明确予以审视或被明确忽视时,亦即,当犯罪行为正在策划时,威慑往往不会很有效。一旦人们已身处那个阶段,社会就已输掉了遏制犯罪的战争,尽管它仍有可能赢得某些战斗。

282 但如果刑罚变得轻缓,犯罪就会变得猖獗。“如果你想要看到证据的话,看看你的周围吧。”(*Si monumentum quaeris, circumspice*)如果所有这些会使某人成为霍布斯主义者也不必太在意。我一直对托马斯·霍布斯(Thomas Hobbes)尊崇倍至,我也会以此为荣。

约翰·P·康拉德:

我们似乎在某种程度上达成了一致。我也是霍布斯的敬慕者。但不幸的是,通常的观点认为霍布斯世界是一个为霍布斯本人所极力谴责的世界。我认为,我们都是霍布斯主义者,但我们都不是下流和粗野的人。

欧内斯特·范·登·哈格:

我非常高兴的能与康拉德教授达成一致。这种快乐和喜悦难得一见。

第十四章附录

欧内斯特·范·登·哈格:

谋杀犯应当怎样来为他的行为负责?

283

正如很多学者如菲利普·里夫(Philip Rieff)[8]所述的那样,我们生活在一个治疗(矫治)的时代。我们不再说侵犯我们的人是无情的或邪恶的。我们说他(或她)是有病的。难怪有关死刑的道德和法律话题经常以精神病学的术语予以论述。谋杀犯应当为他的行为负责吗?他认识到了他的行为的错误性吗?或者,如果法院使用更早的(就我看来是更好的)麦克诺丹规则,谋杀犯能够辨识对错并理解他的行为的后果吗?最后,假定谋杀犯头脑清晰,他能使他的行为与他的意识保持一致吗?当然,法律责任的标准也被加入麦克诺丹规则中,使其变得更加全面;人们认识到,除了影响人的智力使其不知他正在做什么的智力滋扰因素外,还存在即使不能影响推理能力也能影响行为能力的情感滋扰因素。但是,值得怀疑的是,是否任何精神病医师都能区分"不可抗拒的冲动"因素(irresistible impulse)和未能按捺住的冲动因素,或者是说,区分不能"认识行为的错误性"的认识能力欠缺和不能控制行为的意志能力欠缺,后者被认为是在任何谋杀案都应考虑的背景因素。这些在精神病学上有用的标准在法律上是无用的。更糟糕的是,这些标准还导致了法律适用的困境:精神病专家提出了不利于法院的诊断结论,而做出这种结论并未依靠任何理性标准。因此,仅在非常稀少的极端案件中,来自于精神病学假定的证据才具有决定性作用。

[8] *The Triumph of the Therapeutic*, New York: Harper & Row, 1966.

谋杀犯似乎很有可能具有异常特征。我们都是这么认为的。很多谋杀犯甚至大多数谋杀犯,也似乎很有可能具有诸如社会化程度不足、缺乏体谅之心或缺乏对他人的同情之心此类特别异常的特征。或许这些特征是他们与未实施谋杀的正常人相区别的地方——尽管迄今还没人揭示谋杀犯具有某些正常人所不具有的共同的特征。即便他们如此,这些特征也不应成为在道德上或法律上可以宽恕的事由。[9] 显然,法律以规定刑罚的方式来威慑谋杀行为,其重点针对的即是那些具有某种特征可以体现出谋杀犯罪倾向的人们。如果法律重点针对的仅是那些没有实施谋杀犯罪倾向的人们,那么法律将会是多余的。

284

一些人确实不具有分辨对错或知道他们行为的后果的能力。他们可能在杀人时并不知道他们的行为是错误的。他们是如此远离真实世界以至确实不知自己在做什么。他们可能认为无辜的被害人是一棵树而将他杀害。他们可能不知道他们是在实施犯罪。报应主义者不愿惩罚明显有精神病的人,因为他们不必对他们的行为负责任。他们正如非理性的动物一样不能被归咎。我附带一句,他们也不能被威慑所遏制。还有,也不能通过惩罚他们来威慑他人:心智健全的人,无论怎样具有犯罪倾向,也不会被认为是精神病人,也不会因国家惩罚明显有精神病的人而受到遏制。因此不可避免的,法院在一些案件中,在认定被告被指控的行为是否构成犯罪时,必须判断被告人是否心智健全,并且决定在他们心智不健全的情况下如何处置他们。

在典型的案件中作出这种判断并不困难。但对有些人来说,判断他们心智是否健全并不一定拿得准;在这些案件中精神病医师们通常不能达成一致意见,并且他们主要是依据推测做出这些结论的。此时法院应当怎么办呢?我认为我们应当改革当前的精神认定实践。我们应当将精神错乱这种辩护事由从任何确定被告人是否犯罪的审理程序中排除出去。作为辩护事由的精神错乱仅能在相对分离的量刑程序中发挥作

〔9〕 要成为可宽恕事由,这些特征应当超越谋杀犯的控制能力,而不可避免的迫使其实施所控之罪。

用。

目前被告人可以会“因精神病而被判无罪”。我认为,法院应当根据被告人是否实施了他被指控的行为来判定他是否有罪,而不论其是否知晓行为的性质。是否具有犯意(mens rea)、预谋、轻率、疏忽,这些问题的确定无须依据有关被告人精神状况的精神病学证词。法院应当只关注外在的客观证据。在之后的程序中,才会确定被告人是否心智健全,麦克诺丹规则提出的各项问题都是为了解决这一个问题。

现在,假设被告人被认定为有罪,并被确定为精神病人。当前在多数州和联邦司法区的体制下,他会被送往一个精神病机构,当精神病医师诊断其已被“治愈”时就可得到释放。他可能会被很快被“治愈”并得到释放——这是也为什么将精神病作为辩护事由相当有用的原因。甚至想要得到释放的人可以使用检控机关先前提出的证词说明本人心智健全。在之前,对其心智是否健全执怀疑态度的法院没有被这些检控机关的证词说服。而今被告人却运用这些证词来说服精神病医师他一直都是心智健全的。不像法院那样,精神病医师可能会诊断他没有精神病,并可能立即释放他。通过训练,精神病医师只对个人本身感兴趣——而对保护社会不感兴趣。他们并无关心犯罪和刑罚之意。那么,我们应当如何对待法院认定患有精神病的被告人呢?

285

1. 法院应当首先确定被告人是否实施了被指控的行为。如果他实施该行为,他就是有罪的。

2. 如果他提出他不具有理解他的行为所具有的犯罪性的能力——这个判断精神病的唯一恰当的法律标准——如果他提出他有精神病的理由是可靠的,他应当被作为精神病人而判处刑罚,但允许他在精神病院中服刑。

3. 如果在服刑完毕之后他仍然患有精神病,他应被给予民事收押。

4. 如果在他在精神病院服刑期间,精神病医师诊断他心智健全,应当由法院来决定是否将其收监执行余刑,或者继续待在医院里。

5. 对于犯罪行为的故意内容的判断——例如,关于行为是属于谋杀还是属于一般杀人的判断——应当依据外在的客观证据而不能依据精

神病医师的推断作出。精神病证词只能用于决定是否将被确定患有精神病的被告人予以禁闭。

是的，我知道如果被告人真的患有精神病，他不应对他的行为负责，也不应受到谴责和惩罚。但如果他实施犯，他就具有人身危险性而应受到约束，这与假设他心智正常一样。如果他恢复正常，他也应对他丧失心智时的行为重新承担责任。

虽然法律必须是不连续的——被告人要么有罪要么无罪（不存在中间状态）——生命和人们在很大程度上是连续的。哲基尔医生（Dr. Jekyll，英国小说《化身博士》的主人公。——译者注）和海德先生（Mr. Hyde）都是隐喻的说法。实际上，他们都是同一个连续的人所具有的不同方面的人格，这一个人对两个方面的人格都应承担责任。只有极少数被告人完全不知道他们实施的是犯罪行为——而那些确实完全不知的人往往是不可治愈的精神病人。对于这些精神病人之外的其他人而言，精神病辩护事由不应那么被强调突出。如何教导人们"认识犯罪的错误性"——当未能认识犯罪错误性的行为导致了"无罪"判决时，法律是人们主要的老师吗？

286 为现状辩护的人会指出精神病辩护事由在现在很少被使用，因为陪审团很难被说服认定被告患有精神病，尽管（或者因为）法律对此规定得很暧昧。欣克利案的陪审团（Hinckley jury，参见下文）是个例外。但精神病辩护事由已使法律堕入污名之中，并且它确实在辩诉交易中起到了削弱控诉方的作用，毕竟，多数案件是以辩诉交易程序结案的。

社会上存在着一种对于科处刑罚的担心，这种担心的部分内容体现为一种分散非常广泛的感觉，认为没有人应当为他所做的任何事负责，犯罪人是社会的受害者，他们自己的精神状况正如他们的受害者一样都是犯罪的受害对象。这种担心不应得到偏爱，而通过准许投机的精神病学诊断取代犯罪与否的事实判断的方式，使法院依附于一门至今尚未成形的科学。

举例来说。在小约翰·W·欣克利（John W. Hinckley, Jr.）枪杀美国总统后，宣称他之所以要这样做，是为了成为一个名人，引起他崇拜的

一位年轻女演员的关注。他成功了。虽然他被当场抓获,并且他的犯罪行为被随总统出行的摄像师拍摄下来,但还是费了一年多的时间才将他送上法庭。这无助于法院获得好的声誉。

案件的审理花费了好几周时间来听取控辩双方大量的精神病学专家的无穷无尽的证词,辩方的精神病学专家作证认为欣克利患有精神病,控方的精神病学专家作证认为欣克利心智健全。实际上欣克利两者都不是:他显然是疯狂的,但依据通常标准来判断他不是精神病:他知道他的行为的性质,他是在实施犯罪。但陪审团认为欣克利"因为精神病而无罪"。他被遣送到一个精神病机构,并且可能在精神病医师确定其心智健全的任何时候得到释放。辩方在现在可以利用控方的证据证明他心智健全,宣称他完全是心智健全的,或者他已被治愈应当得到释放。可能他会在精神病机构里待上几年,但没人知道会发生什么。

如果怀疑在案件审理之前被提出,联邦法律将会要求检控方承担证明被告人心理健全的举证责任,因为心理健全是犯罪成立的必要要素,而检控方承担证明被告人有罪的举证责任。这似乎是合乎逻辑的,但实际上愚蠢之至:证明某人心智健全的证据几乎不可能达到超过合理怀疑的标准。犯罪人通常与未犯罪的正常人具有差异——毕竟,这是他们之所以成为犯罪人的原因——以至于证明他们心智健全是非常困难的。而精神病学上关于精神病的标准又非常含糊和富有弹性。受到误导的法律试图跟上精神病学的标准,由此使得先前本来明确的标准也变得含糊了,以至于几乎没有哪个有能力聘请精神病医师的被告人会被认定为证明心智健全的证据超过合理怀疑。然而,多数陪审团依据常识来作判断,并不把精神病学的标准和证词当真。但不幸的是,欣克利案陪审团采纳了精神病学的标准和证词。他们遵从了法官给予的关于法律规定的指示,虽然这个指示并非不恰当,却是有利于被告人的。而对于被告人来说,如果对司法规则和指示不满,也就是说,被告人输了官司,可以对其提起上诉,但检控方如果输了官司却不能提起上诉,因为根据宪法规定的双重危险条款,不能对任何经审判被认定为无罪的人进行重审。

287

我们应当赋予检控方对审理过程中出现的错误的规则和指示提起

上诉的权利，以此矫正上文言及的检控不平衡的状态。现在，检控方可在预审程序中这样做。由此，司法错误可以在其影响审判结果之前就得到纠正，而不违反双重危险条款。当然最重要的是，法官应当心怀作出平衡的规则和指示的动机，而不是象现在这样心怀过度倾向于被告人的动机。

我们也应回归到更为理智的精神病标准。在过去，犯罪人在且仅在不能理解他的行为是犯罪的情况下，才能被认定为是法律上的精神病。自从那时候起，精神病学家们发现干扰行为的既有情感因素也有智力因素。因此，法官指示欣克利陪审团，要作出被告人有罪的裁决，必须要求检控方提出的以下两项证据都超过合理怀疑：证明欣克利“未患有精神病或精神缺陷”的证据、证明他具有“使其行为符合法律规定的能力”和“认识到他的行为的错误性的能力”的证据。

现在，一些人实际上不能“使其行为符合法律规定”，虽然他们能够理解他们行为的性质，但他们不能克制犯罪的冲动。但没人能够确定这种未被克制住的冲动是否本来就存在。通过将不符合法律的行为规定为法律上的可宽恕事由，说明我们并不鼓励守法行为。如果你的行为界于罪与非罪的边界上，当你预计自己的行为将会被判“无罪”时，你对犯罪冲动的克制力就不会增强，除非检控方能够超过合理怀疑地证明你本来应当能够成功地克制这种冲动。

法律应当遏制那些因为对诱惑的克制力薄弱而可能实施犯罪的人。如果他们对于犯罪冲突薄弱的克制力本身成为了一种法律上的可宽恕事由，那么几乎没有罪犯能被认定为有罪。如果法律不是首先被用于遏制那些将会受到犯罪诱惑的人，而是用于遏制那些不会受到犯罪诱惑的人，那么法律就会成为多余。

检控方应当如何证明被告人未患有“精神疾病或缺陷”，法律对此的详细规定还悬而未决，也就是说，是由精神病医师决断，即使精神病医师也没有明确标准，他们自身内部都对它的界定或将这种界定运用到特定个人身上的问题意见不一。多数精神病医师倾向于认为所有罪犯都是“有病的”。要求检控方进一步证明被告人必须能够“认识到他的行

288

为的错误性",这是荒谬的。如果被告人真的认识到了行为的错误性的话,那么他就很有可能不会实施犯罪。因此,如果他确实实施了犯罪,犯罪行为就是证明他的心智不那么健全的初步证据(*prima facie evidence*),他也会因此而被认定为无罪。

法律专家在热情的为罪犯寻找可宽恕事由时,他们假定犯罪人从来都不是邪恶的,但因为某种原因通常都是有病的,由此,法律专家们迷失在精神病学的幻境之中。立法者和法院也是如此。他们应当得到拯救。

最近,一名耶鲁学生理查德·赫林(Richard Herrin)杀害了他的同学邦妮·加兰(Bonnie Garland),因为加兰想与他断绝恋爱关系。赫林临时住在加兰的卧室里,趁加兰睡着之后用一把锤子将其杀害。赫林被认定构成普通杀人罪,因为精神病医师说明陪审团认定赫林暂时不能控制他的行为。如果依从我在上文提出的界定标准的话,他应当会被判处谋杀罪。吉恩·哈里斯(Jean Harris)杀害了与她相处了多年的情夫赫尔曼·塔尔诺恩(Herman Tarnower)医生,因为塔尔诺恩想和她分手,也被判处普通杀人罪。但她是拿着一把手枪和一些子弹突然出现在塔尔诺恩的房子里的。谋杀犯之所以会被认定构成普遍杀人罪,是因为所谓的被告人的情感状况。

大体上说来,当前使用的精神病辩护事由,使一些谋杀犯完全逃脱了监禁刑的惩罚,并使一些谋杀案——通常是那些被告人有钱请精神病医师的谋杀案变成了普通杀人案——只要被害人与谋杀犯之间具有某种感情关系,或者甚至,如欣克利案中一样,连感情关系都不用。

▼
▼
▼

第十五章

死刑废除论者辩论完毕

289 **约翰·P·康拉德：**

无论我们这场辩论在读者心目中的最终结果如何，对于我，当然还有我的坚定的辩论对手来说，在我们现在这个历史阶段，如果在文明世界中的其他任何地方死刑都遭到了人们的反对的话，至少在美国死刑还是获得人们支持的。尽管死刑保留论者强烈否认法院具有审查各州对犯罪人科处的刑罚的种类和性质的权限，但是死刑废除论者还是可能在法庭上赢得一些案件。死刑废除论者仍然可能通过选举谋得较高职位并随后通过为杀人犯减刑而"破坏"刽子手们的事业。不过，我必须沮丧地承认，民意调查显示，死刑在当前还是赢得了大多数的问卷回答者的支持，而这些民意调查是与全州范围内的公民投票结果相关联的。如果大众是赞成死刑的，那么无须范·登·哈格博士发表精力充沛的论述，他的观点也会赢得胜利。

我将普通人对死刑心怀偏好的现象，解释为对我国当前盗贼滋彰的现状，他们欲图诉诸铁腕手段、强硬路线和决定性解决方案的结果。普通人可能从未遇到过任何罪犯，但他知道什么东西可以威慑这些罪犯以及什么是这些罪犯应得的惩罚——绞刑架，或者科以不低于在当地与绞刑同等的刑罚。基于这种确信，选民们受到了擅长煽动的政治家们的鼓动，这些政治家们告诉全世界，恢复死刑将会向各个角落的罪犯们传达

这样一个信号:他们不能再期望得到法院的宽仁处罚,国家继续保持决不妥协的刑罚严厉性,这种严厉性在过去的古老年代曾经阻止了犯罪的发生,也将会在不久之后继续发挥这种效用。

这是何等的弥天大谎哪!政治候选人和他们的顾问知道,不管绞刑具有何等的威慑价值,死刑都与杀人犯以外的罪犯没有任何关系。即使我们制定出一份将所有杀人犯予以处决的坚定不渝的计划并坚持执行它,但是如果我们想到阻止犯罪的话,那么社会还必须承担的这项辛勤和昂贵的任务仍需我们去界定和面对。通过绞索和电椅传达出的信号会被那些深思熟虑的罪犯所理解,却会被那些不计后果的罪犯所忽视。这个信号会告诉那些接受它的人,尽管美国人面临着各类犯罪问题,但他们并不理解这些问题。无论是深思熟虑还是不计后果,罪犯们都知道,无论他们犯有何罪,如果他们不被抓获、起诉、定罪,那么等待他们既不是绞刑也不是监狱。他们知道警察通常都抓获不了他们(虽然有理由假定多数罪犯最终还是被抓获了),而繁忙的检察官只满足于起诉比罪犯实际所犯之罪要轻的犯罪,并且,如果他们在法庭上被认定有罪,他们很有可能被判缓刑,除非所犯之罪可憎之极已引起公愤。 290

在这种环境之下,刑事司法体制怎样才能遏制那些无所顾忌孤注一掷以犯罪为职业的人?警察破获的杀人案的比例要比他们破获的记录在案的任何其他性质的案件的比例都要高,但是,正如我的见多识广的辩论对手不辞辛劳地指出的那样,谋杀案的数量每年都以让人无法接受的速率增长着。很多潜在的杀人犯可能会接受三七开的逃脱率(30%会逃脱,70%会被抓获),这也许是因为他们估计由关系疏远的和陌生的杀人者实施的计划周密的谋杀案,占了未被破获的那30%的杀人案的大多数。杀害配偶者和强奸杀人犯通常都会被抓获而接受审判,但抢劫杀人者和契约杀人犯几乎从不会被抓获。

我们声音洪亮的鼓吹要将极刑作为遏制暴力犯罪的万能药,从而将公众的注意力从要求配备更多的警察、更多的法院、更多的监狱这些昂贵的要求上转移开来。应当为这些叫嚷负责的政府官员们更加清楚个中奥妙。他们也知道将可恶的杀人犯执行死刑,比起所有那些能更有效

地对付犯罪的措施要更加便宜。

我并未将我的深思熟虑的辩论对手归属到那些狡猾的谋求官位者、官宦和报刊主笔的行列中去,他们出于各种目的已经说服大多数公众使其相信处死杀人犯是解决犯罪问题的途径。范·登·哈格博士很多年来对死刑具有的遏制杀人罪的效力一直都深信不疑,同样,他也提倡对那些实施了较轻犯罪的罪犯科处更为严厉的刑罚。他没能说服我,也没能说服很多其他的死刑废除论者。不过,他已尽其所能的对死刑的威慑效用进行了混杂着常识观点的解释,他调用了以牙还牙的等量报复法则,他摆出了不断上涨的谋杀案发案率这个明白无误可悲可叹的事实,有力地震撼了每一个愿意听他讲话的人的心灵。他对恢复死刑的理由的论述是理性的和具有说服力的。他的观点除了获得艾萨克·埃里克(Issac Ehrlich)博士孤单的和大体上不足为信的支持以外,遭到了自心理学家、社会学家、经济学家、统计学家们绝大多数的反对意见,但他仍然岿然不动。

291

我凄凉的辩论对手预想的世界是多么刻板和阴沉的一个世界啊!这个世界毫不亚于托马斯·霍布斯(Thomas Hobbes)描述的"战争状态时代"的世界,那时"人们不断处于暴力死亡的恐惧和危险中,人的生活孤独、贫困、卑污、残忍而短寿"。[1] 在范·登·哈格的世界里,每个人都必须时刻提防他的每个邻居,因为每个人都是潜在的杀人犯,用于遏制他们实施多数可怕犯罪的仅仅只是死刑纤微的威慑。尤其有可能实施这些犯罪的是穷人,他们对富裕者阶层心生羡慕,决定依靠暴力夺取他们不能通过优点和勤劳获得的东西。造成犯罪率迅速增长的很大一部分原因在于下层阶层的绝望。由此得出的结论是这些人应当被严格地予以控制。应当对他们之中那些实施杀人罪的人科处死刑。

范·登·哈格博士在论述支持死刑具有比终身监禁更大的威慑效力的证据问题时,首先断言缺乏证据并不能说明死刑不能威慑潜在的杀

---

〔1〕 Thomas Hobbes, *Leviathan*; *or the Matter, Forme, and Power of a Commonwealth*, London: Andrew Crooke, 1651; Penguin Books, 1975, p. 186.

人犯;这仅仅只说明统计学家和社会科学家还未发现证明这个命题的方法,而这个命题对于具备基本常识的普通人来说是不证自明的。对于那些未被这种推理说服的人们,他援引了古老的等量报复法则;邪恶的杀人者必须被处死,这就是正义。

其他任何犯罪的刑罚都不能达到如杀人罪这样的等量均衡。强奸犯不能被强奸;抢劫犯不能被抢劫;入室行窃者不能被入室行窃。国家不能用罪犯施加给被害人的侵害方式来报复罪犯。不过对于国家来说,处死杀人者是可能的——正如我正直的辩论对手所认为的那样,当一个人(男人或女人)被判犯有谋杀罪之时,这也是必要的。仅仅是因为谋杀罪这种恶极之罪值得被科处死刑这个原因,死刑才能被视为是恰当的恐怖。对杀人犯科处其他任何较轻的刑罚,都会贬低无辜被害人的死亡。

我认为,没有什么能让谋杀显得稀松平常。好人都憎恨暴力,尤其憎恨谋杀这种暴力。认为如果没有刽子手让普通民众对死刑的恐怖留下深刻印象的话,普通民众就会觉得谋杀必然时常发生,这种说法没有一星半点儿的证据支持。这是一种厌恶人类的谬论,产生自对弗洛依德学说的最悲观的曲解,认为所有人都是潜在的杀人犯,只有通过极刑才能抑制其实施原始的破坏性冲动。真实的情况是,在这个暴力的国家,对犯罪人实施的刑罚比除了苏联和南非以外的任何国家都要严厉,每年案发的杀人犯少于两万,还不到我们总人口的0.01%。即使我们有可能在人口数量上少算了婴儿和老年人,即使我们把实际发生但是还未发现的杀人案件也算在内,即便我们把受害人生还的杀人事件也计算进去,我们每年的杀人犯数量也不会超过总人口的0.05%。或许还有另外0.05%的潜在的杀人犯,他们因为这样那样的原因放弃了犯罪,那么我们也只要担心总人口的0.1%。召集起10年的杀人犯和潜在杀人犯,我们也只能将危险的人口提高到1%。但是有什么理由让我们相信,剩下99%的人口只是因为受到刽子手的约束而成为良好公民呢?对其成员充满着这样一种信念的社会,会比一个妄想狂充斥的国家好多少?

我认为,杀人犯是一种例外,而且只会被威吓劝服、而不去实施暴力

292

行为的公民也是一种例外。让读者考虑一下他自身的经历,以及他对朋友们以及仇人的观察。他认识多少个真正的杀人犯?有多少真的杀了人的男人、女人,或者儿童?

死刑的时代错误产生于某个年代,当时所有能够施加于犯罪人的惩罚,只有身体上的刑罚。在这场辩论中,我们都经常间接提到了过去的年代,当时极为恐怖残忍的刑罚被施加于犯罪人,而其罪行远远轻于应当判处死刑的谋杀。直至18世纪和19世纪,在欧洲和美国文化的最伟大的成就都已经繁荣发展起来的时候,儿童却因为盗窃被实施绞刑,实施抢劫的男人会用拉肢刑架处死,女人会因为巫术和通奸而被处以火刑,这实在是西方文明社会的污点。西方原来不应当在经过如此之久的时间以后,才出现一位像贝卡里亚这样的人,对18世纪所实施的邪恶的刑罚发出抗议,或者,出现象边沁和罗米利(Romilly)这样的人,以自己的方式指责19世纪英格兰刑事司法的愚蠢。对他们来说,要经过数个世纪才登上历史舞台实在太过于长久了,而且他们对那时刑事司法的抨击,在最后一道界线上也没有妥协。理解当时的这些顽固分子的唯一途径,是牢记上流社会的恐惧,如果社会控制松懈,像法国大革命那样的上流社会的巨变所产生的恐怖,也可能发生在他们自己的国家。即使主要的政治动乱能够避免,富裕阶级的安全也需要死刑来支撑。在英国议会两院所发表的赞同死刑的热情洋溢的论辩暴露了特权阶级显而易见的忧虑,以及他们对绞刑架作为最佳的犯罪预防工具的信任。这就是那个时代,当时的法律中规定有200多种犯罪要被判处死刑。

293

罗米利和他的朋友获得了胜利,他们在别处的战友在欧洲其他地方也获得了胜利。他们的胜利有部分需要归功于美国佬的聪明才智,美国人创立了监狱作为刑事司法执行机构。这一机构很快就在全欧洲开始采用。监狱不是美国社会技术中最明亮的珍品,但是它却是替代死刑的切实可行的选择。鞭子已经不再用以抽打普通犯罪人,绞刑架却仍然为杀人犯保留着。

我在这场论辩中屡次提出的问题必须再一次呈现:**如果终身监禁至少能够起到同样的威慑效用,为什么我们还要保留死刑呢?**

这个问题所隐含的,是我完全的怀疑,我不相信有一群潜在的杀人犯需要用绞刑架,或毒针注射才能威慑,如果他们所想到最糟糕的结局也就是在监狱里监禁一辈子的话,他们就会实施谋杀行为。如果这种极端的人存在的话,如果这种完全没有任何证据的想象成立的话,也会被同样极端的,也同样是想象的,有部分人实施谋杀是为了让自己在公开执行中声名远扬这样一种想象所抵消。可能在每个阶级都有少量这样的人,但是在没有任何实际的证据证明其有相当的数量存在的情况下,关于这些人的辩论无论站在哪一方,都得不出任何有意义的看法。

终身监禁足以威慑谋杀——如果威慑真的是我们的目的的话——这对于了解犯人在监狱里的经历的人来说,是显而易见的。服刑期间开始于名誉上的耻辱,然后要经历长年忍受贫穷的生活,最终结束于当青春岁月远去之后,或者大多数人都知道更通常发生的是,在年迈时分,死于为老年人和体弱多病的犯人安排的牢房中。幻想监狱里的生活与度假胜地宾馆中的快乐气氛,或者乡村俱乐部的奢侈环境有某些相似之处的人,是受到了不诚实的煽动政治家的欺骗。美国监狱的生活,除了对最邪恶的弱肉强食者,即以虐待弱小人士展示气概的人之外,对其他所有人来说都是一种灾难。对于牢友的倦怠与长期形成的恐惧,闲散无事徒然浪费的经年岁月,以及与邪恶的、堕落的,或者精神空虚的人一起生活,这些因素独特地结合在一起,应当是,而且对于大多数人来说显然是,最可怕的有威慑效力的前景。觉得监狱生活可以忍受的人,在入狱之前肯定也过着毫无意义的生活。 294

挪威伟大的犯罪学家约翰尼斯·安德内斯(Johannes Andenaes)在其经典的刑罚的专题论文中,承认"我们几乎不能否认,关于一般预防的真正本质所得出的任何结论,都包含了大量的猜想。因此,基于'一般预防的需要'而提出的主张,往往被用作对于刑罚的极其守旧的要求的掩饰,或者仅仅是想要掩藏其守旧的对于变革的抗拒。"[2]

---

〔2〕 Johannes Andenaes, *Punishment and Deterrence*, Ann Arbor: University of Michigan Press, 1974, pp. 9 – 10.

杰克·吉布斯(Jack Gibbs)在其对产生于威慑争议的思考和论辩的全面调查中,将约翰尼斯·安德内斯(Johannes Andenaes)的观点向前大大推进了一步:

> 如果关于刑事政策的辩论的参加者①不论威慑力是否可能实现都反对刑罚,②或者仅仅为了报偿的需要而提倡刑罚,那么,伪善就不大可能成为辩论的问题所在。然而,辩论一方或许认可刑罚,但是只是在刑罚威慑犯罪的范围内支持,也就是说一种价值判断似乎至少附随在了科学的证据之上了。如果这样的论证产生的话,伪善就变成一个问题,科学证据的观念就变得需要商榷了。任何科学发现都不会必然地(也就是,合乎逻辑地)产生一种道德结论,或价值判断,沟通隔阂的内疚之情容易导致个人化的证据标准。因此,人们可能认为仅仅为了复仇,犯罪就应该受到惩罚,但是却指出刑罚能够威慑犯罪而隐藏这种要想复仇的看法,并以无关紧要,或不够充分等理由来拒绝各种研究结果。在另一个极端则是,人们认为刑罚在本质上是错误的,于是对证明威慑力的肯定证据设立严酷的标准,来偷偷摸摸地维护其价值判断。[3]

我并没有以伪善来指责我的正直的辩论对手,但是我认为,关于死刑与长期监禁相比拥有优越的威慑效力的任何实证研究的缺点,对读者来说已经显而易见了。在我们的目的本位的文化中,采用威慑理论是很自然的。它承诺,每具从死刑执行地拖出去的尸体,都是在向预防最恶劣的犯罪迈出成功的步伐。死刑保留论者希望,有一天,科学能够以确定被挽救的无辜者人数的方式来证实死刑的效力,以此证明死刑的正当性。

这是一个无法实现的希望。刑事司法体制的预防任何类型的犯罪的力量,都是极其有限的。一个有组织的社会必须执行刑事司法活动,因为它无法忽略犯罪。为了社会的凝聚力和团结,犯罪必须受到惩罚。

295

---

〔3〕 Jack Gibbs, *Crime, Punishment and Deterrence*, New York, Oxford, and Amsterdam: Elsevier, 1975, pp. 9 – 10.

我们想出来惩罚犯罪人的方法可以威胁某些人，可以防止被监禁的犯罪人再犯罪，可以威慑某些潜在的犯罪人，使其不参与触犯法律的活动。认为刑事司法体制能够或者应当预防犯罪，是对刑事司法体制期望过高，而对更大的社会体制的期望过低，前者只是后者一部分而已。

我认为刑事司法体制应当是程序中心主义的，不应去追求它力不能及的目标。警察机关应当追求抓获罪犯的效率，法院应当注重审判罪犯的公正，刑罚体制应当确保仁慈且安全。以程序中心主义的视角看来，将绞死罪犯作为他们的杀人犯罪的应得惩罚，是以前的时代和原始时代遗留下来的古老习俗。认为总有一天会表明绞死罪犯是对谋杀罪的必要威慑，这种观点至多只是一种沉湎于空中楼阁的天真幻想。

我在这场辩论中始终坚持司法运作的首要价值即报应主义。我的辩论对手坚持功利主义，蔑视作为一种理论存在的报应主义，从科学家使用这个词汇的严格意义上讲，他可能是正确的。〔4〕他认为遏制功能可以成为一种理论，因为他可以举证来验证这种理论。读者可以判断范·登·哈格教授是否提供了满意的证据，对遏制"理论"必须依靠的任何假定进行验证。〔5〕

我的观点在某些地方介于吉布斯界定的两个极端之间。我确实认为为了报应目的而惩罚犯罪，这是必要的。〔6〕存在足够的经验证据可以证明刑罚在很多情境下都具有遏制功能这种观念。但没有任何经验

---

〔4〕关于范·登·哈格教授所反对的"刑罚的理论"这个词的用法，参见 H. L. A. Hart, *Punishment and Responsibility*, Oxford: Clarendon Press, 1968, p. 70："刑罚的理论不是任何标准意义上的理论。它们不像科学理论那样，是关于现实是什么或不是什么的观点和争论。相反，与刑罚有关的主要观点，即被称为刑罚的遏制或报应或改造'理论'，是使刑罚实践正当化的道德上的主张——有关在道德上为何如此，刑罚应当或可以怎么被使用的主张。" Hart 继续论述道，如果我们主张死刑使社会免遭伤害，那么我们应当称"这种绝对的道德主张为'功利主义观点'"。我赞同哈特对术语严格使用的观点，但是当前"理论"这个词已如此深入的根植于犯罪学论述中而难以立刻将其根除。

〔5〕当然，对于"特殊案件"来说，我承认死刑的威慑力是终身监禁所无法达到的。

〔6〕我承认我是过于吹毛求疵了，所以无法将复仇作为刑罚的正当理由。我认为，在原始的复仇即《汉漠拉比法典》，《旧约·利未记》，以及罗马共和国的《十二铜表法》中规定的等量报复法则，与报偿的谴责、贬斥功能之间，是有着意义重大的差别的。

证据可以证明死刑比长期监禁刑更能有效的遏制犯罪。我否认刑罚在本质上是错误的这种观点,但我认为刑罚的科处不应超过单纯的必要性的范围。对罪犯科处相形于他所犯之罪的危害性和他犯严重犯罪的累犯记录更为严厉的刑罚,这是没有必要的。我认为,对刑罚的规格达成一致,将给一级谋杀罪科处的终身监禁刑作为最严厉的刑罚,这没有太大问题。

我们的规则是,我们应当在我们必须科处刑罚时才科处刑罚。在一个监狱已经能够提供最大安全保障的时代里,死刑是不必要的。在确定刑罚的种类和规格时将必要性原理作为它的限制因素,将会大大有助于阻止我们的国家堕入落后司法体制的恐怖深渊之中,这种情况可以在东欧、南非和阿根廷看到。

296

刽子手代表雇用他的国家的人民,做了他必须要做的事。他将他的手放在释放氰化物的控制杆上,放在控制电椅电流的开关上,或者放在控制绞刑台活板的弹簧开关上。作为人民的我们应当为他的行为承担全部责任。我们选举了那些制定法律,使我们所有人成为杀人犯的立法官员。如果故意杀害他人是最可恶的犯罪,那么我们全都是有罪的,尽管我们不会受到刑罚的处罚。死刑即使在最无情的人中间都可激起遗憾和恐惧,这种遗憾和恐惧对于敏感的人民来说已足以成为一种惩罚。遗憾和恐惧,混杂着我们的所作所为都是徒劳的认知。

正如我的坚忍的辩论对手一再提醒我们的那样,我们所有人都必将死掉。我们中的一些人将会比在毒气室或电椅上突然死亡的那些人死得更痛苦。我们中没有人必须置他人于死地。为了生命的庄重和良心的平安,必须废除那些偶尔使这些死亡成为可能的法律。这越早越好。

▼
▼
▼

第十六章

死刑保留论者仍要倡导死刑

欧内斯特·范·登·哈格: 297

赞成死刑有两个基本依据;这两个依据互相独立又彼此联系。

第一个依据是道德上的:死刑是正当的,对某些犯罪来说适用死刑是罪有应得的。任何人都能够解释他觉得应对某些犯罪适用死刑的原因。但是与其他一般的道德依据一样,人们无法证明如此定罪在事实上正确还是不正确的,因为道德的基础不是事实,而是我们对于事实的价值判断。比如说,我的价值判断让我相信,预谋犯罪或叛国罪(一种事实)是一种足够严重和恐怖的犯罪(一种判断),应当被判处死刑,只有死刑(事实)能够与这些犯罪的严重性(价值判断)相适应。

我的这种得到普遍支持的观点遭到了死刑废除论者的反对,他们主张死刑对于任何犯罪来说都是不正当的,是与人类的尊严不相容的。在我看来,康拉德教授用以支持其立场的依据似乎不那么令人信服。由于大多数死刑废除论者都认为刑罚应当与人们认识到的罪行的严重性成比例,我也是这样认为的,所以我觉得他们的主张在逻辑上是不可靠的。他们的主张要么是说杀人的危害性没有那么严重,无论如何也没有严重到应当适用死刑的程度;要么就是说对杀人罪适用死刑过于严厉,实际上死刑对于任何能够想见的犯罪来说都过于严厉。我很难相信有人会认真的支持其中的一种看法,更不敢相信有人对于两种看法都认真支

持。但是我错了:康拉德教授却能,而且在学术圈中,他决不是孤军奋战的孤家寡人。

我必须承认,对于主张死刑与人类的尊严不相容,或者社会由于某种原因无权适用死刑的五花八门的理由,我从未弄懂过。人们同样可以298主张,一般的死亡,至少病死,是与人类的尊严不相容的,或者出生、任何苦难以及不利的社会条件,与人类的尊严也是不相容的。而这些情况,大多数都是无法避免的。至少,只要不杀人,不犯杀人罪,就可以避免被判处死刑。在这方面,人们只要珍视尊严,就能够维护尊严。顺便说一句,死刑比死在医院里,给人造成的身体上的羞辱和痛苦要更少一些。不过,它可能给人造成的精神上的羞辱要更多一些,这表明:我们通过适用死刑而故意将杀人犯从生活中消灭的行为,体现出了对杀人罪的极度谴责。

对于社会尊严的问题,就我看来,我们的社会通过对杀人犯执行死刑,信守了它保障无辜者的生命、维护法律、报应严重触犯法律的人的承诺。如果它不如此行为,就会与社会尊严相矛盾。

我并没有看到任何证据,可以证明社会由于某种原因而不具有对杀人犯执行死刑的"权利"。社会永远都有这个权利。传统法律和基督教教义始终都支持死刑。即便在宗教(神权统治的)国家,我也不知道有什么理由可以否认世俗法院适用死刑的权利。在美国,我们当然拥护的是一个世俗共和国,因此,认为刑罚权只归属于上帝,或者适用死刑的权利只归属于上帝,这显然是不合时宜的。将杀人犯处死,不是宗教的使命,而是俗世的任务。我们的宪法也对此作出了规定(第 5 修正案及第 14 修正案)。无论我们对神学正义有几分信仰,它总是在身后才会实现,而不会出现在现世。对于此时此地的正义,需要法院予以实现,法院有权对某些案件适用死刑。一个世俗的国度不能指望依凭上帝来实现正义。顺便提到的是,即使在神权统治的国家也从未将正义托付给上帝。如果法院犯了错误,人们可以期待上帝来纠正他们的错误——但是,这并不能剥夺法院依照法律的要求适用刑罚的职权,这同样也不是剥夺法律对其认为正当的刑罚,包括死刑作出规定的资格的依据。

赞成死刑的第二个依据是实体上的，基于经验事实而得出。正如本书的读者所看到的，经验事实仍存在争议，但是没有人能够认为存在争议的事实就不是事实。事实方面的问题是：死刑比终身监禁威慑力要大，还是两者差别不大？

我不能认同康拉德教授一厢情愿的想法，他认为艾萨克·埃里克(Isaac Ehrlich)教授的研究成果已经受到人们的怀疑。埃里克的研究结果表明，死刑确实比当前适用的其他任何刑罚更具威慑力，所以，每执行一次死刑可挽救7-9名无辜者的生命，这些潜在的受害者在死刑执行的当年将不会被谋杀，这是因为死刑执行具有的威慑效力。我认为他的研究结果已经为后来的研究所证实，并坚定地经受了各种适当的或不适当的批评，埃里克对这些批评都给予了有说服力的反驳。然而，埃里克的著作仍然存在争议。如果有足够多的人来攻击它，任何事物都会有争议。因此，我们说，虽然现在有优势证据证明死刑比其他任何刑罚威慑力更大的假设，但是统计学方面的证据仍未得出最后结论，仍不足以说服所有人，这种说法是公平的。显然还没有说服康拉德教授和他的朋友们。他们还没有改变其在前埃里克时代就已存在的信念，事实上他们还想推翻埃里克的成果。

299

但是康拉德的死刑废除论同僚们也承认，即使统计学数据可以证明每年每执行一次死刑将会减少500名杀人犯，他们也还是希望废除死刑。他们为什么担心统计学上的证据？为什么我们要把如此不理性的人说的话当真呢，他们宁可牺牲500条无辜的生命，也要保住一名被确认有罪的杀人犯的生命？

统计数据自有它的用处。但是我认为，在此几乎并不需要统计数据来证明什么。严厉的刑罚总是比轻微的刑罚更具威慑力。不仅我们整个刑事司法体制认可这一观点；我们所有人在日常生活中，也是按照威慑力的指向来行事的。所有其他东西也同样如此，我们觉得必须对我们的孩子、朋友，或者我们的生意伙伴，以及其他人施以威慑，使之不再触犯曾经犯下的错误的时候，我们会觉得处罚越严厉，可能造成的威慑效果就越大。如果我们不相信我们可以用激励来吸引人们做我们希望的

事，而用障碍来威慑他们使他们放弃我们不希望发生的行为，那么社会生活将不可能维系。激励和障碍通常与我们希望吸引或者威慑他们的愿望强烈程度成正比。为什么谋杀就要成为例外呢？为什么我们不应该相信最大的障碍——死刑的威吓——最有可能是最大的威慑呢？

哪里有生命，哪里就有希望。这当然是支持死刑的一个主要依据。预谋实施犯罪的杀人犯——激情犯罪是不会被判处死刑的——如果他能预期到终身监禁的风险，这并不意味着如果他被确定有罪，他就要在监狱里待一辈子。无论其知识多么不完整和零碎，他还是知道一些有关假释、赦免、减刑之类的东西——最重要的是，他觉得，他作为一名身手敏捷技艺非凡的同道中人，会找出办法越狱逃走。很少有犯罪人实际上越狱成功。但是事实上，所有的"终身监禁犯"相信他们都能越狱，至少在刚开始服刑的时候他们相信这点。有了如此的想法，他们并不很害怕终身监禁的判决，也不会受其威慑。这就是在过去20年来，陌生人杀人案件的发案率——即受害人和杀人犯彼此不相识，应当以死刑相威吓的杀人案件——在所有杀人案件中的比例持续上升的原因。杀人犯知道他们实际上可以在服刑若干年后获得假释，从而逃脱终身监禁。或者，他们希望能够越狱。毕竟，我们在1981年总共只对5名犯罪人执行了死刑，执行死刑只违背了其中1名犯罪人的愿望（令民权游说团无比失望的是，这些犯罪人全都是白人）。这样的话，没有哪个杀人犯会预见到自己可能会被执行死刑，也不会受到死刑的威慑而停止犯罪。

300

我很难像康拉德教授那样，固守着大多数人不会杀人的信念。我十分钦佩他的乐观主义精神。但是我很难跟他分享这样的心情。但是信念显然是不以经验的确凿证据为依据的。然而，我也以我自己的方式保持着乐观，在我看来，这种乐观方式显得更加现实一些：我相信，大多数人都可以被死刑所威慑，远离谋杀。

即使康拉德是正确的，即使如他所说，在没有刑罚威吓的情况下也只有少部分人会变成杀人犯，这个观点是正确的，我也将继续倡导死刑，来威慑这一小部分人。即使这小部分人中，只有一些需要死刑来威慑，而另一些只需终身监禁就足以威慑，那么我仍将继续倡导死刑，来威慑

这极少数的一部分人，按照康拉德的说法，他们需要，或者只是有可能需要死刑来威慑。对我来说以及对于任何文明社会而言，这是因为通过适用死刑而将会挽回或可能挽回的无辜者的生命，比杀人犯的生命更加宝贵。我不希望为了杀人犯的生命，而将无辜者的生命置于危险之中。

是支持死刑还是反对死刑，读者想要站在哪一边，他们自有公断。



▼
▼
▼

名词和人名索引

▼
▼
▼

译者后记

2005 年,我去中国政法大学领取前一本译著《理论犯罪学》样书的时候,余娟女士拿过一本书来给我看,问我对翻译它是否有兴趣。我只看了一眼题目,就毫不犹豫的答应了下来,因为这是一本关于美国死刑的论著,而我那时正在写作一篇关于死刑错案的论文,恰好与这本译著是同一主题,于是就有了这本《死刑论辩》的翻译。

尽管在美国有相当多的州已经废除或实际废除了死刑,但作为一个国家的美国仍然保留着死刑。在美国国内,对于死刑存废的争论从上世纪七八十年代一直延绵至今,本书即是这场大争论中的一个体现。但本书与其他有关死刑的著论有所不同的是,它是由两位持有不同观点的学者辩论的结集,因此,本书对死刑废除论和死刑保留论的观点和论据进行了全面的阐述,而在针锋相对的争辩之中,更能深刻的体现出两种不同死刑立场在同一问题的不同方面所具有的优势和劣势;并且,由于论辩者的学者身份而不是法律实务者身份,也使本书体现出了更多的理论韵味而不是实务争执。

虽然我国与美国一样都在刑法中保留了死刑,但我国死刑的现状和面临的问题与美国并不相同。两国最大区别在于死刑适用范围的大小,在美国,死刑基本上只适用于恶性极大的极少数犯罪如一级谋杀罪等;而在我国,轻至盗窃(两种特定情形的盗窃)、贪污、虚开增值税发票,重至杀人、放火、强奸等各种犯罪,均可判处死刑。当然,在保留死刑的理由上,两国也有些微差异,在实用主义弥漫的美国,保留死刑的动机可能更多的是出于一种遏制杀人犯罪的功利主义目的,而在朴素正义观念统

治下的我国,赞同死刑则可能更多的是出于“杀人者死”的等量报应法则。在美国人争论是否要将本来就较少适用的死刑彻底废除之时,中国人最为现实的态度可能不是呼吁废除死刑,而是呼吁限缩适用死刑的范围。

对于穷凶极恶的故意杀人犯适用死刑,这可能是正当的;但对于盗窃、贪污等财产性犯罪适用死刑,这未必是正当的。因为,对杀人犯适用死刑和对盗窃犯适用死刑体现的是不同的价值观念:杀人犯所犯之罪危害生命权利,以死刑这种生命之刑应对危害生命之罪体现出的是一种报应价值;而盗窃犯所犯之罪仅仅危害财产权利,以生命之刑处罚远远超越了等量报应法则而沦为纯粹的威吓性手段,这无论如何都超越了罚当其罪的公正极限而成为了过剩的、苛酷的刑罚。以威吓目的观之,对盗窃犯科处死刑的刑罚体制与古代凌迟碎肢、开膛破肚以吓阻民众的刑罚体制别无二致。犯罪的恶性可以无穷之大,而刑罚的严厉性的极限只及于死刑。于是,对于盗窃、贪污这类非暴力型的犯罪科罚死刑,可能导致的一个后果就是,行为人在实施了盗窃、贪污之后,自知难逃一死,索性实施具有更大危害性的暴力犯罪。当危害程度明显不同的犯罪都能导致相同的死刑后果时,自贝卡里利以来刑法学家们以罪刑均衡为基础精心构筑起来的刑罚阶梯也便土崩瓦解。

因而,我国当前面临死刑的问题,除了关涉刑事司法和公正的死刑错案问题以外,可能远远超出了死刑存废问题或者死刑问题本身,而扩展到了刑罚的结构和体系问题之上。如何在将死刑作为惩处最恶劣犯罪的最严厉刑罚予以保留的基础之上,摒弃种种犯罪皆可处死刑的重刑主义和酷刑主义刑罚观念,延长自由刑的期限,改变现行的数罪并罚体制,使最恶劣的犯罪与死刑相对确定的对应起来,建立罪刑均衡、层次分明、科学合理的刑罚体系,这可能才是我们在提及死刑这个问题时,最终想要考虑的问题。

当然,对于死刑本身的研究而言,当前国内“空对空”似纯理论阐述的研究模式似乎已经走到了尽头,我们更需要从实证的角度将死刑看作一种社会法律现实予以考查,固然,这需要官方资料公开和务实求真的

学术研究态度，希望本书涉及实证研究的部分能为我们带来些许的启示。

本书由吕亚萍翻译序言、导论、第 1 章至第 6 章，由方鹏翻译第 7 章至第 16 章、名词和人名索引，最后由方鹏进行第一遍统稿，由吕亚萍进行第二遍统稿。

在此，我要感谢中国社会科学院法学所的刘仁文教授，他对我们的译稿提出了细致而中肯的意见；感谢我的导师北京大学法学院的陈兴良教授，他时时关注着翻译的进度；感谢中国政法大学刑事司法学院的曲新久教授，他为我们的翻译给予了鼓励和支持。我还要感谢中国政法大学出版社的张越女士、余娟女士、彭江先生和刘海光先生。张女士和余女士给予了我难得的翻译机会，而彭江先生的热切关注使我们能够没有过多拖沓就完成了初译稿，也是他的宽容使我们能够从容的完成统稿和校订。

当然，由于我们能力所限，对于书中出现的误译和差迟，还请读者海涵和指正。

方　鹏

于北京大学畅春新园

